Die Unmöglichkeit der Leistung beim Verschaffungsvermächtnis.

Inaugural-Dissertation

zur

Erlangung der Doktorwürde

der

Hohen Juristischen Fakultät

der

Friedrich-Alexanders-Universität zu Erlangen

vorgelegt von

Christian von Savigny
aus Münster in Westf.

Approbation: 8. März 1938.

Buchdruckerei M. Krahl, Erlangen-Bruck
1939

939 №177

Dekan: Professor Dr. jur. August Köhler.
Referent: Geheimer Justizrat Professor
Dr. jur. Dr. phil. Bernhard Kübler

Inhalts-Uebersicht.

Seite

A. Einleitung 1
I. Der Begriff des Verschaffungsvermächtnisses . . . 1
a) Der Begriff „Vermächtnis“ 1
b) Der Begriff „Gegenstand“ 3
c) Der Begriff „gehören“ 3
II. Der Begriff der Unmöglichkeit 6
a) Die Verpflichtung zur Leistung einer fremden Sache als Fall der Leistungsunmöglichkeit 10
III. Die Voraussetzungen für eine Anwendung des § 2170 Abs. 2 S. 1 12
a) Ist eine Unterscheidung von ursprünglichem und nachträglichem Unvermögen beim Verschaffungsvermächtnis gerechtfertigt? 15
IV. Die Rechtsfolgen des § 2170 Abs. 2 S. 1 20
a) enthält § 2170 Abs. 2 S. 1 eine Alternativobligation des Gläubigers? 28
b) eine facultas alternativa des Gläubigers? . . . 28
c) eine facultas alternativa des Schuldners? . . . 29
d) das Problem der Identität 30
V. Die Natur des Anspruches aus § 2170 Abs. 2 S. 1 . . 33
a) Die Rolle der Ersatzansprüche im römischen Recht . 34
b) Das Moment der Willensauslegung im bürgerlichen Recht 36
c) Die Rolle des Erblasserwillens in § 2170 Abs. 2 S. 1 37
VI. Der Grund für die Haftung aus § 2170 Abs. 2 S. 1 . . 42
VII. Die Regelung des § 2170 Abs. 2 S. 2 47
a) Der Begriff der Unzumutbarkeit in § 2170 Abs. 2 S. 2. 48
VIII. Die Ausübung des Wahlrechts in § 2170 Abs. 2 S. 2. . 52
IX. Der Zeitpunkt für die Berechnung des Wertes . . . 53
X. Die Gewährleistung des Beschwerten 54
XI. Der Fall des concursus duarum causarum lucrativarum . 58
XII. Die Anwendung des § 2288 auf das Verschaffungsvermächtnis 59

Schrifttum.

Arndts, in Glücks Kom. d. Pandekten, Bd. 46, Erlangen 1868.

Bendix, Die Haftung für den Rechtsbestand von Rechten. In Arch. d. Bürg. Rechts, Bd. 32 S. 323 ff.

Brecht, System der Vertragshaftung. In Ih. Jb. Bd. 53 S. 299 ff.

Burchard-de Boor, Bürgerl. Recht, Bd. II, Berlin-Wien 1930.

Cosack-Mitteis, Lehrbuch des bürgerl. Rechts, II. Bd., 7./8. Aufl., Jena 1924, I. Bd., 8. Aufl., Jena 1927.

Crome, Erbrecht, V. Bd., Tübingen 1912; III. Bd. Schuldrecht, Tübingen 1902.

Dernburg, Deutsches Erbrecht, V. Bd., Halle 1905.

Endemann, Lehrb. d. Bürg. Rechts, III. Bd., 1. Hälfte 8./9. Aufl., Berlin 1910.

Enneccerus-Lehmann, Lehrb. d. Bürg. Rechts II. Bd., Recht d. Schuldverh., 11. Bearb. Marburg 1930.

Eckstein, Der Untergang der Obligation. In Arch. d. bürg. Rechts, Bd. 37.

Harff, Das ursprüngliche Unvermögen zur Leistung u. seine grunds. Rechtsfolgen, nach Deutsch. B. Recht. Diss. Berlin 1912.

Hartmann, Die Obligation. Erlangen 1878.

Heck, Grundriß des Schuldrechts, Tübingen 1929.

Joers-Kunkel-Wenger, Röm. Recht. 2. Aufl. Berlin 1935.

Kipp-Enneccerus, II. Bd., 3. Abt., Das Erbrecht, 7. Bearbeitg., Marburg 1928.

Kisch, Die Wirkung der nachträglich eintretenden Unmöglichkeit der Erfüllung bei gegenseitigen Verträgen n. d. Bürg. Ges.B. f. d. Deutsche Reich, Jena 1900.

Kipp zu Windscheid, Lehrb. d. Pand. Rechts, I.—III. Bd., 9. Aufl., Frankfurt a. M. 1906.

Kleineidam, Unmöglichkeit und Unvermögen nach Bürgerl. Gesetzbuch, Jena 1900.

Kreß, Lehrbuch des allg. Schuldrechts, München 1929.

Kretzschmar, Das Erbrecht d. Deutsch. Bürgerl. Rechts, 2. Aufl., Leipzig 1913.

Krückmann, Unmöglichkeit und Unmöglichkeitsprozeß in Arch. f. Ziv. Prax. Bd. 101; desgl. Nachlese zur Unmöglichkeitslehre, 2. Beitr. in Iher. Jahrb. Bd. 59.

Künnecke, Das Vermächtnis eines nicht zur Erbschaft gehörenden Gegenstands nach bürgerl. Gesetzbuch. Diss. Leipzig 1911.

Kommentar der Reichsgerichtsräte, I. Bd., 6. Aufl. Berlin-Leipzig 1928. V. Bd., 8. Aufl. Berlin-Leipzig 1935.

Leonhard, Bürgerl. Gesetzbuch, 5. Buch, Erbrecht 2. Aufl., Berlin 1912.
Locher, Geschäftsgrundlage und Geschäftszweck in Arch. f. Ziv. Prax. Bd. 121 S. 1 ff.
Maretzki, Die Anwendung der allgem. Vorschriften des BGB. über Schuldverh. auf d. Vermächtnisanspruch. Diss. Berlin 1909.
Mommsen, Die Unmöglichkeit der Leistung. Beitr. zum Obligationenrecht, I, 1853.
Munk, Das Vermächtnis eines nicht zur Erbschaft gehörenden Gegenstandes nach gemeinem Recht und BGB. Diss. Freiburg 1904.
Oertmann, Bürgerl. Gesetzb., allg. Teil, 5. Aufl., Berlin 1927.
— Recht d. Schuldverh., II. Bd., 1. Abtlg. 5. Aufl., Berlin 1928.
— Die Geschäftsgrundlage. Leipzig-Erlangen 1921.
Peppler, Die Unmöglichkeit der Leistung bei Vermächtnissen. Diss. Tübingen 1926.
Planck, Bürgerl. Gesetzbuch, II. Bd., 1. Hälfte, 4. Aufl., Berlin 1914. II. Bd., 2. Hälfte, 4. Aufl., Berlin-Leipzig 1928. V. Bd., Erbrecht, 4. Aufl., Berlin-Leipzig 1930.
Prochownik, Ueber die Unmöglichkeit der Leistung bei Vermächtnissen. Diss. Göttingen 1901.
Roßhirt, Die Lehre von den Vermächtnissen nach römischen Recht. Bd. 1 und 2 Heidelberg 1855.
Salkowski in Glücks Kom. d. Pand., Bd. 49.
Schiffner, Der Erbvertrag nach dem Bürgerl. Gesetzbuch für das Deutsche Reich, Jena 1899.
Siber, Zur Theorie von Schuld und Haftung nach Reichsrecht in Iher. Jb. Bd. 50, S. 55 ff.
Schöller, in Gruchot, Bd. 45.
Stampe, in Iher. Jb. Bd. 72, S. 348 ff.
Stammler, Das Recht der Schuldverhältnisse in seinen allg. Lehren. Berlin 1897.
Staudinger, Kom. zum Bürgerl. Gesetzb. I. Bd., Allg. T., 9. Aufl., München-Berlin-Leipzig 1925. II. Bd., 1. Teil, 9. Aufl., M.-B.-L. 1930. II. Bd., 2. Teil, 9. Aufl., M.-B.-L. 1928. V. Bd., 9. Aufl., M.-B.-L., 1928.
Strohal, Das deutsche Erbrecht auf Grundlage des bürgerl. Gesetzb. I. Bd., 3. Aufl., Berlin 1903.
Titze, Die Unmöglichkeit der Leistung nach Deutschem Bürgerl. Recht. Leipzig 1900.
Vangerow, Pandekten, 7. Aufl., 1876.
Leipziger Zeitschrift 1923, Sp. 454.
Elsaß-Lothringische Zeitung, 1915, S. 78.
Juristische Wochenschrift, 1910, S. 6.
Motive zum Bürgerlichen Gesetzbuch.
Protokolle zum Bürgerlichen Gesetzbuch.

Digitized by the Internet Archive
in 2026

https://archive.org/details/IA41533902_0015

A. Einleitung.

Das bürgerliche Recht hat auf eine vollständige Regelung des Verschaffungsvermächtnisses bewußt verzichtet[1]). Soweit es an besonderen Vorschriften hierüber fehlt, soll eine Anwendung der allgemeinen Vorschriften des Vermächtnisrechts erfolgen[2]).

Das gilt jedoch nicht für die Fälle einer Unmöglichkeit der Leistung beim Verschaffungsvermächtnis. Die Eigenart einer Verpflichtung aus einem solchen Vermächtnis hat zu einer Sonderregelung für bestimmte Leistungshindernisse geführt. Hierbei handelt es sich insbesondere um § 2170 Abs. 2. Sowohl die Voraussetzungen als auch die Folgen dieser Vorschrift sind Gegenstand eines wissenschaftlichen Streites.

Der Grund hierfür ist einmal darin zu erblicken, daß in dieser Vorschrift sich eine Anzahl von Problemen des Schuldrechts verbirgt. Zum andern ist eine Unsicherheit bei der Frage zu bemerken, in welchem Umfange Grundsätze des Schuldrechts oder solche des Vermächtnisrechts in § 2170 Abs. 2 ihren Ausdruck finden.

I. Der Begriff des Verschaffungsvermächtnisses.

a) Der Begriff „Vermächtnis".

Nach § 1939 kann der Erblasser durch Testament[3]) einem anderen einen Vermögensvorteil zuwenden, ohne ihn als Erben einzusetzen.

1) Mot. V, S. 149.
2) Prot. V, S. 174.
3) Oder durch Erbvertrag § 2278 Abs. 2.

Diese Begriffsbestimmung des bürgerlichen Rechts enthält somit sowohl ein positives[1]), als auch negatives Element. Das positive Moment liegt in dem Erfordernis der Zuwendung eines Vermögensvorteiles. In negativer Hinsicht ist Voraussetzung, daß der Bedachte nicht zum Erben eingesetzt wird.

Das Vermächtnis muß also im Gegensatz zur Erbeinsetzung begrifflich einen Vermögensvorteil in sich schließen. Es muß eine Liberalität gegenüber dem Bedachten gegeben sein[2]). Der Begriff des Vermögensvorteiles darf allerdings sehr weit gefaßt werden[3]). Eine Bereicherung des Bedachten, eine Vermögensmehrung muß das Vermächtnis nicht mit sich bringen[4]). Es genügt vielmehr ein mittelbarer Vermögensvorteil, dagegen nicht eine bloße Annehmlichkeit[5]). Stets wird jedoch zu prüfen sein, ob nicht auch in solchen Fällen wenigstens ein mittelbarer Vermögensvorteil festgestellt werden kann.

Nicht notwendig ist, daß der zugewendete Vermögensvorteil ein dauernder ist; selbst wenn die Zuwendung nach Anordnung des Vermächtnisses nach einer gewissen Zeit im vollen Umfange wieder herausgegeben werden muß, liegt ein gültiges Vermächtnis im Sinne des § 1939 vor[6]).

Die Zuwendung eines Vermögensvorteils braucht nicht durch Hingabe eines bestimmten Gegenstandes geschehen, sondern kann z. B. auch durch Verzicht auf eine Forderung oder ein sonstiges Recht erfolgen. (Prot. V, S. 6). So kann auch durch Verzicht auf eine Einrede oder das Recht der Anfechtung gegenüber dem Bedachten eine Zuwendung im Sinne des § 1939 enthalten sein[7]).

---

1) A. A.: Staudinger, Bem. I zu § 1939.

2) RGRKom. Bem. 4 zu § 1939; Staudinger, Bem. I zu § 1939.

3) OLG. Bd. 32/59.

4) Planck, Bem. 2 zu § 1939; RGRKom. Bem. 3 a.a.O.

5) Staudinger, a.a.O.

6) Vgl. über ein Untervermächtnis in voller Höhe des Vermächtnisses: RG. in JW. 1910, S. 6.

7) RGRKom. Bem. 3 zu § 1939.

b) Der Begriff „Gegenstand".

Das Bürgerliche Gesetzbuch spricht in § 90 von Sachen als „körperlichen Gegenständen". Dem Begriff des Gegenstandes im Sinne des Vermächtnisses fehlt das Erfordernis der Körperlichkeit. Gegenstand in diesem Sinne ist vielmehr alles, was Vermögen einer Person sein kann, also sowohl körperliche Sachen als auch Rechte und sonstige Vermögenswerte[1][2]).

Das Vermächtnis begründet lediglich ein Schuldverhältnis. Demgemäß erwirbt der Bedachte kein Sachenrecht, sondern nur ein Forderungsrecht gegenüber dem Beschwerten (§ 2174). Gegenstand eines Vermächtnisses kann daher alles sein, was Gegenstand der Leistung aus einem obligatorischen Schuldverhältnis sein kann, so z. B. auch eine Handlung des Beschwerten[3]).

Dem Begriff des Gegenstandes ist für das Vermächtnis jedoch dadurch eine Grenze gesetzt, daß in der Zuwendung des Gegenstandes ein Vermögensvorteil für den Bedachten enthalten sein muß.

Grundsätzlich muß das Vermächtnis eine Zuwendung aus dem Nachlaß darstellen[4]). Dieser Grundsatz findet scheinbar eine Ausnahme im Rahmen des Verschaffungsvermächtnisses. Aber auch hier wird der Beschwerte nur mit Mitteln verpflichtet, die er aus dem Nachlaß, also dem Vermögen des Erblassers erhalten hat[5]).

c) Der Begriff „Gehören".

Das Bürgerliche Gesetzbuch verwendet die Bezeichnung „gehören" in verschiedenem Sinne. Für die §§ 2169/70 muß zunächst ein „gehören" im Sinne des Zählens zu einer Art oder Gattung ausscheiden (vgl. § 94).

---

1) Staudinger, Vorbem. II, 1 vor § 90.

2) Oertmann, Vorbem. 4 vor § 90.

3) Mot. V, S. 142; Staudinger, Vorbem. II vor § 2147.

4) Vgl. Staudinger, Vorbem. 2 zu den §§ 1937/41; Endemann III, § 93 Nr. VI.

5) Staudinger, Bem. I zu den §§ 2169/70.

Auch die analoge Verwendung des Begriffes aus den §§ 932, 933ff. wäre zu eng. Denn dort wird er lediglich im Sinne des Eigentums verwandt, stellt also nur eine der rechtlichen Beziehungen dar, die in den §§ 2169/70 den Begriff „gehören" erfüllen können.

Ein Gegenstand „gehört" vielmehr im Sinne dieser Vorschriften zur Erbschaft, wenn er sich zur Zeit des Erbfalles als Bestandteil zum Vermögen des Erblassers darstellt. Das Vermögen ist der Inbegriff der wirtschaftlichen Rechte[1]). Rechte nicht wirtschaftlicher Natur z. B. Persönlichkeitsrechte, gehören schon deshalb nicht zur Erbschaft, da sie grundsätzlich nicht vererblich sind[2]). Hierzu gehören aber alle vererblichen Rechte, deren Inhaber der Erblasser zur Zeit des Erbfalles war, ungeachtet der Belastungen, die diesen Rechten auferlegt sind (§ 2165).

Das Gesetz macht jedoch eine Einschränkung in § 2169 Abs. 4. Ein Gegenstand, zu dessen Veräußerung der Erblasser zur Zeit des Erbfalles verpflichtet ist, gehört wirtschaftlich nicht zum Vermögen und daher auch nicht zur Erbschaft im Sinne der §§ 2169/70. U. E. muß auch eine solche Sache als nicht zur Erbschaft gehörend betrachtet werden, deren Eigentümer der Erblasser zwar nach § 935 noch ist, deren Eigentum jedoch durch Verlust oder Diebstahl ohne wirtschaftliche Bedeutung ist[3]).

Es kann auch ein Recht vermacht sein, das zur Zeit des Erbfalles noch nicht existiert, und das für den Bedachten erst begründet werden soll. Es ließe sich denken, daß ein solches Recht stets als nicht zur Erbschaft gehörend betrachtet werden müßte. Indessen ist nur maßgebend, ob das Recht, aus dem das zu bestellende vermachte Recht abzuleiten ist, selbst zur Erbschaft gehört oder nicht[4]).

1) Kipp, Erbrecht, § 1, II; Staudinger, Bem. IV, 2a zu § 1922.

2) Ueber Rechte teils vermögensrechtlicher, teils persönlichkeitsrechtlicher Natur, siehe Kipp, Erbrecht, § 1, II Anm. 8.

3) Vgl. Künnecke, S. 11.

4) Kipp, Erbrecht, § 106, VIII.

Wenn daher ein Recht an einem Gegenstand begründet werden soll, der selbst nicht zur Erbschaft gehört, so liegt ein Vermächtnis eines nicht zur Erbschaft gehörenden Gegenstandes vor. Die Anwendung der §§ 2169/70, die streng genommen nur von schon bestehenden Gegenständen sprechen, kann jedoch unbedenklich entsprechend erfolgen[1]). Dies gilt auch für die Fälle, in denen der Erblasser zur Zeit der Erbschaft kein alleiniges Verfügungsrecht über einen Gegenstand besitzt, z. B. wenn ein vermachtes Grundstück zu dem noch ungeteilten Nachlaß eines Dritten gehört, an dem der Erblasser als Miterbe beteiligt ist[2]). Ein Gegenstand, über den der Erblasser nicht allein verfügen kann, gehört grundsätzlich nicht zur Erbschaft im Sinne der §§ 2169/70.

Bei alledem ist nur erforderlich, daß diese rechtlichen Verhältnisse zur Zeit des Erbfalles vorliegen. Ob im Zeitpunkt der Anordnung des Vermächtnisses der Gegenstand zur Erbschaft gehört oder nicht, ist insoweit unerheblich. Auch kommt es nicht auf den Grund an, der für eine Aenderung der rechtlichen Verhältnisse maßgebend war. Ob eine rechtliche Veränderung mit oder ohne Willen des Erblassers geschah, ist für den Begriff des Gehörens grundsätzlich ohne Bedeutung[3]). Diese Tatsachen können allenfalls bei einer Auslegung des Erblasserwillens mit herangezogen werden. Das gleiche gilt, wenn der Erblasser im Irrtum über die Zugehörigkeit war[4]). Allein entscheidend sind die tatsächlichen rechtlichen Verhältnisse zur Zeit des Erbfalles.

---

1) Vgl. RG. in LZ. 1923, Sp. 454 über das Vermächtnis eines Wohnungsrechtes in einem erst zu erbauenden Hause. Prot. V, S. 175.

2) Vgl. RG. 105/246; über die Verfügungsbeschränkungen des Ehemannes, der über einen Gegenstand des Gesamtgutes einer allgemeinen Gütergemeinschaft oder Errungenschaftsgemeinschaft verfügt, vgl. Els. Lothr. Zeitg. 1915/78.

3) Planck, Anm. 2b zu § 2169.

4) Mot. V, S. 145.

II. Der Begriff der Unmöglichkeit.

Auf die allgemeinen Fragen der Unmöglichkeitslehre soll an dieser Stelle nur insoweit kurz eingegangen werden, als ihre Behandlung für unsere Darstellung unerläßlich ist.

Hier handelt es sich vor allem um die Frage, welcher Begriff der Unmöglichkeit in dieser Arbeit verwandt werden soll. § 2170 Abs. 2 trifft eine Unterscheidung zwischen objektiver und subjektiver Unmöglichkeit, zwischen Unvermögen und Unzumutbarkeit.

Der Begriff der Unmöglichkeit ist an sich logisch-philosophischer Natur; Unmöglichkeit in diesem Sinne ist Notwendigkeit des Nichtgeschehens[1]). Diese Begriffsfassung gewährt den Vorteil, daß sie unzweideutig feststeht. Daß dieser abstrakte logisch-philosopischer Begriff jedoch für das Recht als einer Ordnung des Lebens nicht brauchbar ist, wird fast allgemein anerkannt.

Die Versuche, dieser Schwierigkeit zu begegnen führen zum Teil zur Aufstellung eines sog. juristischen Unmöglichkeitsbegriffes[2]). Darnach muß auch eine logisch mögliche Leistung von der Rechtsordnung dann als unmöglich gewertet werden, wenn ihrer Verwirklichung solche Hindernisse entgegenstehen, daß dem Schuldner die Leistung nach Treu und Glauben mit Rücksicht auf die Verkehrssitte nicht mehr zugemutet werden darf[3]). Die Frage, ob eine Leistung noch zugemutet werden kann, bemißt sich nach der Größe der Schwierigkeit im Verhältnis zu dem Schuldzweck; hierbei muß die Eigenart des Schuldverhältnisses beachtet werden[4]).

Dieser Auffassung kann jedoch entgegengehalten werden, daß damit der Begriff der Unmöglichkeit jede

---

1) Hartmann, Die Obligation, S, 172.

2) Staudinger, Anm. I, 1 vor §§ 275ff.; Titze I, 2, II, 343; Kisch, I, S. 12ff.; RGRKom. Anm. 2 zu § 306; RGZ. 107/156.

3) Staudinger, Anm. i? 1 vor § 275.

4) Vgl. Titze, a.a.O., S. 9; Kleineidam, S. 14ff.; desgl. in Iher. Jb. 43/105ff.; Kipp zu Windscheid S. 97.

feste Grundlage einbüßen müßte. Zwischen den Fragen des Leistenkönnens und des Leistensollens wird auf diese Weise nicht mehr genügend unterschieden [1]). Auch logisch mögliche Leistungen, deren Erbringung unzumutbar ist, müßten nach den Regeln der Unmöglichkeit entschieden werden. Für einen gesonderten Begriff der Unzumutbarkeit ist neben diesem juristischen Unmöglichkeitsbegriff kein Raum mehr. Daß jedoch das Gesetz selbst von der Unterscheidung von Unmöglichkeit und Unzumutbarkeit ausgeht, beweist u. a. gerade die Regelung des § 2170 Abs. 2.

Es kann aber an dem logischen Begriff der Unmöglichkeit festgehalten werden, ohne daß man in den Fällen der Nichtzumutbarkeit zu Unbilligkeiten gelangen müßte. Das Recht ist kein System reiner Logik, sondern eine Ordnung des Lebens. Daher muß bei der Aufstellung des Begriffs der Unmöglichkeit das Moment menschlicher Erfahrung und vernünftiger Lebensauffassung berücksichtigt werden. Dieses logischen Begriffs der Unmöglichkeit bedient sich auch ein erheblicher Teil der Lehre [2]). Nicht nur die Leistung ist als unmöglich zu betrachten, die nach den Denk- und Naturgesetzen unmöglich ist, sondern auch jene, die nach menschlicher Erfahrung und vernünftiger Lebensauffassung nicht erbracht werden kann. Dieser Unmöglichkeitsbegriff soll auch den folgenden Ausführungen unterlegt werden.

Damit ist die Möglichkeit gegeben, die Fälle einer Leistungsmöglichkeit von solchen Schwierigkeiten der Leistung zu trennen, die nicht als Unmöglichkeit gewertet werden dürfen, dennoch aber beachtet werden müssen. Hierbei ist für unsere Frage unerheblich, ob man in den Fällen der Nichtzumutbarkeit grundsätzlich dem Schuldner

---

1) Planck, Vorbem. III, 1b vor § 275; Leonhard, I § 135.

2) Oertmann, Vorbem. 3a in Verbindung mit Vorbem. 3b vor §§ 275—83; Enneccerus-Lehmann, § 29, I, 2; Kreß, S. 99ff.; vgl. auch Leonhard, Bd. I, S. 294.

durch eine Einrede[1]), durch das Recht zum Rücktritt[2]) oder ein ähnliches Recht helfen will. Denn § 2170 Abs. 2 S. 2 trifft für solche Fälle eine ausdrückliche Regelung[3]).

In den Fällen objektiver Unmöglichkeit ist jedermann außerstande, die Leistung zu erbringen. Bei einer subjektiven Unmöglichkeit, dem Unvermögen, ist die Leistung nicht schlechtweg für jedermann ausgeschlossen, nur der Schuldner ist zur Leistung außerstande. Die Unterscheidung von Unmöglichkeit und Unvermögen beurteilt eine verbreitete Meinung aus dem Grund der Unmöglichkeit. Nach dieser Auffassung liegt dann Unvermögen vor, wenn der Grund entweder in den persönlichen Verhältnissen des Schuldners oder in dessen Verhältnis zum Gegenstand der Obligation zu finden ist[4]).

Diese Begriffsbestimmung begegnet jedoch einer Schwierigkeit für den Fall, daß eine höchstpersönliche Leistung geschuldet ist[5]). Nach dieser Auffassung müßte dann folgerichtig ein Unvermögen vorliegen, wenn ein Hindernis in der Person des Schuldners dessen höchstpersönliche Leistung unmöglich macht. Von einem anderen kann aber die höchstpersönliche Leistung ihrer Natur nach ohnehin nicht erbracht werden. In diesem Falle muß jedoch objektive Unmöglichkeit angenommen werden[6]). Es ist daher der Definition Titzes[7]) zu folgen: Objektiv unmöglich ist diejenige Leistung, die von niemanden, subjektiv unmöglich diejenige, die zwar von anderen, aber nicht vom Schuldner erbracht werden kann[8]). Wesentlich für den Begriff des Unvermögens ist also, daß zwar der

1) Stampe in Dogm. Jb. 72/361 ff.; Krückmann, Arch. Ziv. Prax. Bd. 101/30 ff.; desgl. Dogm. Jb. Bd. 59/233 ff.

2) Oertmann, Geschäftsgrundlage S. 162 ff.; Locher, Arch. Ziv. Pr. 121/107.

3) Vgl. S. 47 dieser Arbeit.

4) Mommsen, I, S. 5; Staudinger, Vorbem. A, I, 2 zu § 275.

5) Vgl. Titze, S. 60 Anm. 2.

6) Titze, a.a.O., S. 60 Anm. 2.

7) Titze, a.a.O., S. 59.

8) So auch h. L.; Kleineidam, S. 11/12 ff.; Kisch I, S. 9, 10; Cosack Bem. 1 zu § 275; Planck, Vorbem. 3b von § 275.

Schuldner nicht leisten kann, wohl aber ein anderer zur Leistung imstande ist.

Wenn der durch Verschaffungsvermächtnis Beschwerte dem Bedachten das Eigentum an einem Gegenstand verschaffen soll, so ist er unvermögend zur Leistung, wenn der Gegenstand im Eigentum eines Dritten steht und dieser die Herausgabe verweigert.

Es muß jedoch bedacht werden, daß die Fähigkeit eines Dritten nur dann erheblich ist, wenn dieser Dritte bestimmbar und erreichbar ist[1]). Wenn daher eine Sache verloren oder die gestohlene spurlos verschwunden, ganz aus dem Verkehr herausgelangt ist, so kann das Leistungsvermögen eines völlig unbestimmbaren Dritten nicht mehr in Betracht kommen[2]). Hier hat das Leistungshindernis nicht den Schuldner persönlich, sondern den Leistungsgegenstand getroffen. Seine Leistung ist objektiv ausgeschlossen[3]). Es muß daher in diesen Fällen objektive Unmöglichkeit angenommen werden[4]). Diese Auffassung verstößt auch nicht gegen den von uns angenommenen Begriff der Unmöglichkeit. Es handelt sich hier keineswegs um eine Frage der Zumutbarkeit, vielmehr muß in diesen Fällen nach praktischer Erfahrung angenommen werden, daß auch mit den größten Anstrengungen eine solche spurlos verschwundene Sache nicht mehr beschafft werden kann.

Beim Verschaffungsvermächtnis kann sich ein Leistungshindernis aus dem Umstand ergeben, daß der Beschwerte dem Bedachten eine fremde Sache, also die Sache eines Dritten verschaffen muß. Die Verpflichtung zur Leistung einer fremden Sache stellt ein besonderes Problem der Unmöglichkeitslehre dar.

---

1) Brecht, Jb. Dogm. Bd. 53/299.
2) Oertmann, Vorbem. 3b vor § 275.
3) Oertmann, a.a.O.
4) Vgl. Enneccerus-Lehmann, Schuldverh. § 29, I, 3.

a) Die Leistung einer fremden Sache als Fall der Leistungsunmöglichkeit.

Der Beschwerte ist gemäß seiner Verschaffungspflicht dazu gehalten, mit den gesetzlich erlaubten Mitteln den Rechtserfolg für den Bedachten herbeizuführen. Hierbei ist unerheblich, in welcher Beziehung sich der Beschwerte zunächst zu dem Gegenstand seiner Verpflichtung befindet. Er kann selbst Eigentümer einer Sache sein, deren Eigentum er an den Bedachten übertragen soll. Er kann aber auch verpflichtet sein, von einem Dritten Eigentum zu erwerben und an den Bedachten zu übertragen oder den Dritten zu veranlassen, selbst das Recht an den Bedachten zu vermitteln. Ein Eigentum oder auch nur ein Eigentumsdurchgang in der Person des Beschwerten ist nicht erforderlich.

Die Frage nach der Unmöglichkeit der Leistung setzt zwar voraus, daß vorerst die Frage nach dem Inhalt der Leistungspflicht beantwortet wird[1]). Dennoch müssen die Begriffe des Leistungsinhalts und der Unmöglichkeit der Leistung streng geschieden werden. Der Inhalt der Leistungspflicht gibt lediglich darüber Aufschluß, wann eine Unmöglichkeit im Rahmen des Schuldverhältnisses beachtet werden muß. Was dagegen Unmöglichkeit der Leistung ist, entscheidet nicht der Wille der Parteien. Der Umstand, daß die Parteien etwas für den Schuldner Unmögliches zum Inhalt der Leistungspflicht gemacht haben, läßt das Unmögliche nicht möglich werden. Das wird zum Teil übersehen[2]). Umgekehrt wird eine mögliche Leistung nicht etwa deshalb unmöglich, weil sie nicht geschuldet ist[3]).

Soweit das Verschaffungsvermächtnis sich auf die Leistung einer fremden Sache richtet, kommen als Leistungshindernisse insbesondere zwei Umstände in Be-

1) Vgl. Harff, S. 11.

2) Vgl. Siber in Iher. Jb. Bd. 50/326.

3) A. A.: die Anhänger einer Theorie von der Opfergrenze, vgl. Heck, § 32 S. 94.

tracht. Einmal die Tatsache, daß der Gegenstand des Vermächtnisses sich nicht in der Verfügungsgewalt des Beschwerten befindet, ferner die fehlende Bereitwilligkeit eines Dritten, sein Recht zu übertragen. Die Lehre kam früher vorwiegend zu dem Ergebnis, daß die Leistung eines fremden Gegenstandes grundsätzlich subjektiv unmöglich sei[1]). Die Weigerung des Dritten bedeutet nach dieser Auffassung nur eine Bestätigung des Unvermögens. Dieses Unvermögen ist lediglich auflösend bedingt durch die Bereitwilligkeit des Dritten, sein Recht zu übertragen. Die Leistung einer fremden Sache stellt sich darnach grundsätzlich als ein Fall ursprünglichen Unvermögens dar.

Dem kann nicht zugestimmt werden. Die bloße Tatsache, daß sich ein Gegenstand in der Verfügungsgewalt eines Dritten befindet, stellt zumindest kein endgültiges Unvermögen dar. Es wird grundsätzlich damit zu rechnen sein, daß diese Schwierigkeit zu beheben ist. Dieser Ansicht ist auch Planck[2]), wenn er ausführt, es stelle im Zweifel kein Unvermögen dar, wenn der Gegenstand nicht dem Schuldner gehört. Erst dann dürfe ein Unvermögen angenommen werden, wenn feststeht, das der Schuldner die Mitwirkung des Dritten nicht zu erlangen vermag. Zu einem ähnlichen Ergebnis kommt denn auch die heute herrschende Lehre[3]). So bezeichnet Oertmann[4]) zwar die Vorstellung, daß erst die Weigerung des Dritten das Unvermögen begründe als logisch wohl möglich aber als unnatürlich. Dieses Unvermögen dürfte jedoch nicht als endgültiges, sondern müsse seiner Natur nach als vorübergehendes betrachtet werden. Deshalb könnten hierauf

1) Planck, II, 1/3. Aufl., Erl. 2 2 zu § 280; RGZ. 31/186; 47/302; 52/95; JW. 1911/710; LZ. 1910, 141 Ziff. 17. Warn. 1912/13; Endemann, Erbrecht I, § 93; vgl. auch Kipp zu Windscheid Bd. II, S. 92, Anm. 1.

2) Planck, Bd. II, 1, 4. Aufl., Vorbem. III, 2a zu §§ 275/92.

3) Enneccerus-Lehmann, Schuldverh. § 29 Anm. I, 3; Crome, II, 1 § 60 Anm. 1; Staudinger, Bem. I, 1a zu § 275.

4) Oertmann, Bem. 1b zu § 306.

auch nicht die Regeln über endgültiges Unvermögen Anwendung finden[1]). Es entsteht daher zunächst kein Ersatzanspruch, der Erfüllungsanspruch bleibt vielmehr bestehen. Die Verpflichtung des Schuldners, sich um Beseitigung des vorläufigen Unvermögens zu bemühen, gehört nach Treu und Glauben zum Inhalte der Erfüllungspflicht. Erst die endgültige Weigerung des Dritten macht das vorläufige Unvermögen zu einem endgültigen. Das praktische Ergebnis dieser Auffassungen ist, daß die Fälle vorläufigen Unvermögens zunächst nicht nach den Regeln der Unmöglichkeit entschieden werden.

Wir kommen zu dem Schluß: die bloße Tatsache, daß bei einem Verschaffungsvermächtnis der Gegenstand der Leistung dem Beschwerten nicht gehört, begründet kein endgültiges Unvermögen. Erst die Tatsache, daß der Dritte seine Mitwirkung verweigert, macht das Leistungshindernis zu einem endgültigen und damit zu einer rechtlich erheblichen subjektiven Unmöglichkeit.

Der Mangel einer Bereitwilligkeit beim Dritten wird im allgemeinen erst dann offenbar und damit rechtlich erheblich, wenn eine Erklärung des Dritten vorgelegen hat. Da der Beschwerte in aller Regel erst nach dem Anfall des Vermächtnisses den Versuch zur Verschaffung unternimmt, wird eine solche Erklärung auch meist erst nach Entstehung des Schuldverhältnisses zwischen dem Beschwerten und dem Bedachten erfolgen. Praktisch werden daher in überwiegender Zahl Fälle nachträglichen Unvermögens beim Verschaffungsvermächtnis in Betracht kommen.

Indessen sind auch solche Fälle denkbar in denen es von vorneherein feststeht, daß der Dritte seine Zustimmung nicht erteilt.

III. Die Voraussetzung für eine Anwendung des § 2170 Abs. 1 S. 1.

Die Vorschriften der §§ 2169 Abs. 1 und 2170 Abs 1 bestimmen die Voraussetzung für die Entstehung eines

1) Oertmann, a.a.O.

Verschaffungsvermächtnisses und der ihm entspringenden Verschaffungspflicht. § 2170 Abs. 2 S. 1 spricht von dem Fall, daß der Beschwerte „außerstande" ist, dieser Verschaffungspflicht zu genügen, behandelt somit ein Leistungshindernis. Daß wir es hier mit einem Falle von Unmöglichkeit zu tun haben, lehrt die Ausdrucksweise des Gesetzes in § 2170 Abs. 2 S. 1, sowie die Gegenüberstellung zur sog. Unerschwinglichkeit in Abs. 2 S. 2. Für die weitere Frage, welche Fälle der Leistungsunmöglichkeit durch § 2170 Abs. 2 S. 1 geregelt sind, gewährt die Ausdrucksweise des Gesetzes einen Hinweis. Der Wortlaut dieser Vorschrift setzt die Leistungsunmöglichkeit in ausdrückliche Beziehung zur Person des Beschwerten (vgl. § 279). § 2170 Abs. 2 S. 1 spricht also von subjektiver Unmöglichkeit oder Unvermögen. Dagegen läßt der Wortlaut des Gesetzes keinen unmittelbaren Schluß darauf zu, ob der § 2170 Abs. 2 S. 1 sowohl die ursprüngliche wie die nachträgliche subjektive Unmöglichkeit oder nur den ersten Fall regeln will. Das Schrifttum beantwortet diese Frage in verschiedenem Sinne. Der überwiegende Teil der Lehre unterstellt dem § 2170 Abs. 2 S. 1 sowohl die Fälle ursprünglichen wie nachträglichen Unvermögens[1]). Eine andere Meinung will der Vorschrift des § 2170 Abs. 2 S. 1 lediglich die Regelung des ursprünglichen Unvermögens zuerkennen[2]).

Diese Auffassungen scheinen in jedem Falle in schroffem Gegensatz zu einander zu stehen. Die praktische Tragweite des Meinungsstreites hängt jedoch zum Teil von einer weiteren Frage ab. Es wurde bereits dargelegt, daß früher der überwiegende Teil der Lehre die Verpflichtung zur Leistung einer fremden Sache grundsätzlich als einen Fall ursprünglichen Unvermögens ansah.

1) Planck Bem. 2 zu § 2170; Kipp, Erbrecht § 107, II, 1; RGR.-Kom. Bem. 2 zu § 2170; Dernburg, V, § 80 Abs. III; Leonhard, Erl. III Abs. 2 zu § 2170; Crome, V, § 697 Anm. 106; Prochownik, S. 50.

2) Staudinger, Bem. II, 3 zu § 2170; Kleineidam, S. 75 Anm. 15; Strohal, I, § 34, III Anm. 3; Künnecke, S. 27; Planck, 2, 2. Aufl., Bem. 2 zu § 2170; Pescatore, a.a.O., S. 291.

Wenn man die Richtigkeit dieser Auffassung unterstellt, so kommt man für das Verschaffungsvermächtnis, soweit es sich um die Leistung einer fremden Sache handelt, zu folgendem Ergebnis. Es sei angenommen, daß der Beschwerte nach Anfall des Vermächtnisses, also nach Entstehung seiner Verpflichtung an den Dritten herangetreten sei, um dessen Mitwirkung zu erlangen. Wenn der Dritte seine Mitwirkung verweigert, so liegt ein Fall des Unvermögens vor, der sich nach der unterstellten Auffassung als ein ursprüngliches Unvermögen darstellt. Denn ein solches bestand schon zur Zeit des Erbfalles lediglich aufgrund der Tatsache, daß der Beschwerte nicht die Verfügungsgewalt über die Sache innehatte. Die Weigerung des Dritten bedeutet darnach nur eine Bestätigung des ursprünglichen Unvermögens. Unterstellt man daß der § 2170 Abs. 2 S. 1 nur die Fälle ursprünglichen Unvermögens betreffe, so gelangt man dennoch praktisch zu dem Ergebnis, daß die überwiegende Zahl der Unvermögensfälle nach § 2170 Abs. 2 S. 1 geregelt werden. Denn nach dieser Auffassung liegt eben meistens ursprüngliches Unvermögen vor.

Ein anderes ist es jedoch angesichts der Auffassung der heute herrschenden Lehre. Der Umstand, daß nach dem Erbfall der Beschaffungsversuch fehlschlägt, stellt sich nach ihr als ein Fall nachträglichen Unvermögens dar. Der Beschwerte wird jedoch in aller Regel erst nach Anfall des Vermächtnisses die Verschaffung versuchen. Wenn man unter dieser Voraussetzung annimmt, §§ 2170 Abs. 2 S. 1 regle bloß die Fälle ursprünglichen Unvermögens [1]), so kommt man zu dem Ergebnis, daß § 2170 Abs. 2 S. 1 praktisch kaum zur Anwendung gelangen könnte. Nach dem Bürgerlichen Gesetzbuch können aber nicht nur Sachen eines Dritten, sondern auch Sachen des Beschwerten Gegenstand eines Verschaffungsvermächtnisses sein. Auch in diesen Fällen wird viel häufiger ein nachträgliches Unvermögen in Frage kommen, als

1) Vgl. Staudinger, Bem. II, 3 zu § 2170.

ein ursprüngliches Unvermögen. Wenn eine Sache des Beschwerten vor dem Erbfall verloren ging oder gestohlen wurde, so wird oft ein Fall objektiver Unmöglichkeit vorliegen[1]).

Meist wird jedoch ein nachträgliches Unvermögen aus dem Grunde eintreten, weil der Beschwerte entweder sein Eigentum in Unkenntnis des Vermächtnisses freiwillig veräußerte oder durch gutgläubigen Erwerb eines Dritten verlor, und sich die Sache nicht wieder zu beschaffen vermag. Auch hier würde § 2170 kaum zur Anwendung gelangen können, wollte man nur die Fälle ursprünglichen Unvermögens dieser Vorschrift zurechnen. Die praktische Bedeutung unserer Frage liegt darin, daß nach der herrschenden Lehre der Beschwerte im Falle nachträglichen Unvermögens gemäß § 2170 Abs. 2 S. 1 verhaftet bleibt, nach der Gegenmeinung aber gemäß § 275 Befreiung erlangt.

a) Die Ausführungen des Schrifttums zu dieser Frage beschränken sich fast durchweg auf eine Entscheidung in dem einen oder anderen Sinne, allenfalls auf den Hinweis einer Wahrscheinlichkeit. Denn die Tatsache, z. B., daß § 275 das nachträgliche Unvermögen für alle Arten von Schuldverhältnissen grundsätzlich regelt[2]), schließt nicht aus, daß die Sonderlage beim Verschaffungsvermächtnis eine Sonderregelung erfordert. Auch daß sonst im Verhältnisrecht durch die §§ 2169, 2171 ff. bloß für anfängliche Unmöglichkeit eine besondere Regelung getroffen ist[3]), führt nicht begriffsnotwendig zu der gleichen Annahme für § 2170 Abs. 2 S. 1.

Es soll daher untersucht werden, ob es aus inneren Gründen angezeigt erscheint, die Fälle ursprünglichen und nachträglichen Unvermögens beim Verschaffungsvermächtnis unterschiedlich zu behandeln. Hierzu sollen vorerst die Grundsätze des Schuldrechts herangezogen werden;

1) Vgl. S. 9 d. Arb.
2) Peppler, S. 42.
3) So Kleineidam, S. 75 Anm. 15.

insbesondere die Gründe, die im Schuldrecht die von der herrschenden Lehre dort geübte Unterscheidung von ursprünglichem und nachträglichem Unvermögen rechtfertigen können.

Nach der herrschenden Lehre ist ein Schuldverhältnis über eine subjektiv unmögliche Leistung gültig[1]). Ueber die Haftung aus dem gültigen Schuldverhältnis ist man sich nicht einig. Für unsere Betrachtung kann die Zahl jener Meinungen ausscheiden, die unter grundsätzlicher Anwendung des Verschuldensprinzips zu einer entsprechenden Anwendung der Regeln über nachträgliches Unvermögen auch beim ursprünglichen Unvermögen gelangen[2]). Denn daß für die Haftung des Schuldners im Falle ursprünglichen Unvermögens nach § 2170 Abs. 2 S. 1 kein Verschulden maßgebend sein kann, ist offenbar. Das gleiche gilt für die Ansicht Staudingers[3]), der in jedem Falle des ursprünglichen Unvermögens ein Verschulden des Schuldners unterstellt. Naturgemäß muß auch die Auffassung außer Betracht bleiben, die im Schuldrecht zu einer Nichtigkeit des Vertrages bei ursprünglichem Unvermögen gelangt[4]).

Der größere Teil der Lehre gelangt im Schuldrecht zu einer Annahme unbedingter Haftung für die Fälle ursprünglichen Unvermögens[5]).

Die Verschiedenheit in den Rechtsfolgen des ursprünglichen und nachträglichen Unvermögens wird in der verschiedensten Weise begründet. In den meisten Fällen werden Gesichtspunkte des Verkehrsschutzes und der Bil-

---

1) Enneccerus-Lehmann, II, § 29 A. II, 2; Oertmann, Anm. 1b zu § 306; Heck, § 47; 1; Staudinger, Anm. I, 6b vor § 275; RGZ. 80/250; Kisch I, S. 246; Kreß, S. 113; Leonhard I, 313.

2) Vgl. Titze, S. 97, 251ff., 285; ähnlich Heck, S. 141.

3) Vorbem. A, I, 2 vor § 275.

4) Stammler, Schuldverh. S. 107; Eckstein, Arch. f. Bürgerl. Recht, Bd. 37, S. 417.

5) Oertmann, Erl. 1b zu § 306; RGRKom. Anm. 2 zu § 306; Cosack-Mitteis, § 156, I, 2; Enneccerus-Lehmann, § 29 Anm. 2 und Anm. 5.

ligkeit angeführt[1]). Wer eine Verpflichtung eingeht, gebe damit stillschweigend zu erkennen, daß er imstande sei, die Leistung zu vollbringen. Der Schuldner müsse seine rechtlichen und tatsächlichen Beziehungen zum Gegenstand des Schuldverhältnisses kennen.

Teilweise wird auch die unbedingte Haftung des Schuldners auf eine stillschweigende Garantie gegründet[2]).

Es ist für unsere Frage beim Verschaffungsvermächtnis unerheblich, ob man im Schuldrecht den Gesichtspunkten des Verkehrsschutzes oder der Annahme einer stillschweigenden Garantie den Vorzug geben will. Für das Verschaffungsvermächtnis müssen all diese Gesichtspunkte als Grund einer Unterscheidung von ursprünglichem und nachträglichem Unvermögen abgelehnt werden.

Jene Gesichtspunkte gründen sich ausnahmslos auf die Ueberlegung, daß der spätere Schuldner unter der Voraussetzung eines ursprünglichen Unvermögens handelnd tätig wird; sei es in der Form eines Vertragsschlusses oder einer einseitigen Willenserklärung verpflichtenden Charakters. Neben der Tatsache, daß ein gültiger Vertrag vorliegt, ist daher wesentlich, daß der Schuldner bei der Entstehung dieses Vertrages rechtsgeschäftlich handelnd beteiligt wird.

Beim Verschaffungsvermächtnis tritt der Bedachte jedoch überhaupt nicht handelnd in Erscheinung. Die Entstehung seiner Verpflichtung vollzieht sich ohne sein Zutun, gegebenenfalls ohne sein Wissen. Der Beschwerte ist gar nicht in die Lage versetzt, seine eigene Leistungsfähigkeit zu berücksichtigen. Jene rechtspolitischen Gründe können daher für das Verschaffungsvermächtnis keine Anwendung finden. Eine unterschiedliche Behandlung von ursprünglichem und nachträglichem Unvermögen beim Verschaffungsvermächtnis kann mit diesen Gründen des Schuldrechtes nicht gerechtfertigt werden. Denn die Tatsache, daß ein Unvermögen die Gültigkeit des Schuld-

1) Fischer, a.a.O. S. 13; Kreß, S. 113.
2) RG. 69/357; 81/63.

verhältnisses nicht berührt, kann für sich allein nicht ohne weiteres eine Unterscheidung in den Folgen ursprünglichen und nachträglichen Unvermögens rechtfertigen. Damit dieses Zeitmoment Bedeutung erlangen kann, müssen im Schuldrecht jene rechtspolitischen Gedanken des Verkehrsschutzes und desgleichen zusätzlich herangezogen werden. Es sei ausdrücklich betont, daß es sich hier nur um die Frage handelt, ob eine Unterscheidung von ursprünglichem und nachträglichem Unvermögen beim Verschaffungsvermächtnis gerechtfertigt ist. Welche Gründe in § 2170 Abs. 2 S. 1 dafür maßgebend sind, daß der Beschwerte überhaupt haftet, wird später untersucht werden.

Es bliebe noch zu untersuchen, inwieweit etwa Gesichtspunkte des Erbrechts, besonders der Wille des Erblassers, eine Unterscheidung zwischen ursprünglichem und nachträglichem Unvermögen rechtfertigen könnten[1]). Es wird sich jedoch unten erweisen, daß auch aus diesem Gesichtspunkt eine verschiedene Behandlung der Unvermögensfälle beim Verschaffungsvermächtnis nicht gerechtfertigt ist.

Wir kommen zu dem Schluß, daß nichts zu der Annahme zwingt, die Fälle ursprünglichen und nachträglichen Unvermögens müßten auch beim Verschaffungsvermächtnis in verschiedener Weise geregelt werden. Dafür spricht auch folgende Ueberlegung. Die gleichen Gründe die beim Verschaffungsvermächtnis zu einer Ablehnung jener rechtspolitischen Gesichtspunkte des Schuldrechts führten, liegen auch bei einem gewöhnlichen Vermächtnis vor. Auch hier wird der Beschwerte nicht rechtsgeschäftlich tätig. So haben denn auch hier die Fälle ursprünglichen und nachträglichen Unvermögens eine Regelung gefunden, die in ihren praktischen Folgen weitgehend übereinstimmt. Bei dem Vermächtnis eines bestimmten, zur Erbschaft gehörenden Gegenstandes wird der Beschwerte gemäß § 275 Abs. 2 im Falle nachträglichen unverschuldeten Unvermögens von seiner Leistungspflicht befreit. Der Fall ursprüng-

1) Siehe S. 42 dieser Arbeit.

lichen Unvermögens ist zwar für dieses Vermächtnis nicht unmittelbar im Gesetze geregelt. Die Tendenz des Gesetzes läßt sich jedoch aus der Bestimmung des § 2169 Abs. 1 ersehen. Diese Vorschrift stellt es zwar lediglich auf die Tatsache ab, daß ein Gegenstand zur Zeit des Erbfalles nicht zur Erbschaft gehört. Dennoch umfaßt diese Vorschrift mittelbar alle denkbaren Fälle ursprünglichen Unvermögens [1]. Denn diese können nur in der Weise vorliegen, daß der vermachte Gegenstand zur Zeit des Erbfalles nicht zur Erbschaft gehört und der Bedachte ihn sich nicht zu beschaffen vermag. Für die Anwendung des § 2169 Abs. 1 genügt es zwar, daß der Gegenstand nicht zur Erbschaft gehört. Ein Unvermögen braucht darüber hinaus nicht geprüft zu werden; § 2169 Abs. 1 stellt daher streng genommen keine Unmöglichkeitsregel auf; § 2169 Abs. 1 regelt lediglich den Umfang der Leistungspflicht. Diese Regelung wird jedoch unter Berücksichtigung eines Gesichtspunktes vollzogen, der stets notwendiger Bestandteil eines jeden ursprünglichen Unvermögens ist.

Unter den Voraussetzungen des § 2169 Abs. 1 ist das Vermächtnis unwirksam. Eine Verpflichtung des Schuldners kann nicht zur Entstehung gelangen. Dem entspricht für nachträgliches, unverschuldetes Unvermögen die grundsätzliche Befreiung des Schuldners gemäß § 275 Abs. 2. Die Fälle ursprünglichen und nachträglichen Unvermögens finden also auch hier eine Regelung die in ihren Rechtsfolgen weitgehend übereinstimmt. Auch beim Vermächtnis eines bestimmten, zur Erbschaft gehörenden Gegenstandes soll der Beschwerte sowohl in den Fällen nachträglichen wie ursprünglichen Unvermögens grundsätzlich von einer Verpflichtung zur Leistung frei sein. Unsere Annahme für das Verschaffungsvermächtnis findet sich in der hier erkennbaren Tendenz des Gesetzes bestätigt.

Endlich steht auch der Wortlaut des Gesetzes in keinem Widerspruch mit unserer Annahme, daß das Ge-

1) Vgl. Prochownik, S. 33.

setz in § 2170 Abs. 2 S. 1 sowohl die Fälle ursprünglichen wie nachträglichen Unvermögens regelt. In § 251 Abs. 1 bedient sich das Gesetz einer ähnlichen Ausdrucksweise wie in § 2170 Abs. 2 S. 1. Nach richtiger Auffassung regelt jedoch auch § 251 Abs. 1 sowohl die Fälle ursprünglicher wie nachträglicher Unmöglichkeit [1]). Wir kommen daher mit der herrschenden Lehre zu dem Ergebnis, daß § 2170 Abs. 2 S. 1 sowohl die Fälle ursprünglichen, wie auch nachträglichen Unvermögens regelt. Die Vorschrift geht insoweit den allgemeinen Bestimmungen des § 275 Abs. 2 vor. Die Gegenmeinung muß abgelehnt werden.

§ 2170 Abs. 2 S. 1 betrifft im übrigen lediglich die Fälle unverschuldeten Unvermögens.

IV. Die Rechtsfolgen des § 2170 Abs. 2 S. 1.

Die Rechtsfolgen der in § 2170 Abs. 2 S. 1 geregelten Unvermögensfälle zeigen sich darin, daß anstelle einer Verschaffung in natura nunmehr der Wert des Gegenstandes zu leisten ist. § 2170 Abs. 2 S. 1 betrifft, wie festgestellt wurde, alle Fälle nicht zu vertretenden Unvermögens. Dagegen greifen bei nachträglicher unverschuldeter objektiver Unmöglichkeit die allgemeinen Regeln des § 275 mit ihrer schuldbefreienden Wirkung ein. Soweit besteht scheinbar keine Möglichkeit eines Zweifels. Ein Meinungsstreit wird erst offenbar bei dem Zusammentreffen folgender Umstände.

Es ist denkbar, daß nach Eintritt der Voraussetzungen des § 2170 Abs. 2 S. 1, d. h. nachdem ein Fall des Unvermögens die Verpflichtung zur Wertentrichtung entstehen ließ, die Verschaffung auch noch objektiv unmöglich wird. Es fragt sich, was nunmehr aus der Verpflichtung zur Entrichtung des Wertes werden soll. Denn mit der nachträglichen unverschuldeten objektiven Unmöglich-

1) Vgl. Planck, Bem. 1b zu § 251; Staudinger, I, 2e zu § 251 und die dort zit. Literatur.

keit liegt nunmehr ein Sachverhalt vor, der für sich allein betrachtet, den Beschwerten von seiner Schuld nach § 275 befreien müßte. Inzwischen war jedoch durch einen Fall des Unvermögens die Verpflichtung zur Leistung des Wertes gemäß § 2170 Abs. 2 S. 1 entstanden.

Ein Teil der Lehre verficht den Standpunkt, daß die — an sich auch beim Verschaffungsvermächtnis grundsätzlich befreiende — nachträgliche objektive Unmöglichkeit an der einmal entstandenen Verpflichtung aus § 2170 Abs. 2 S. 1 nichts mehr zu ändern vermöchte[1]). Der Beschwerte müsse daher auch noch unter diesen Voraussetzungen den Wert des Gegenstandes leisten.

a) Diese Ansicht kann sich auf die bereits bei der Schaffung des BGB. zutage getretenen Auffassungen stützen[2]). Angesichts des § 1849 des Entwurfes (§ 2170 BGB.) war die zweite Kommission der Meinung, daß sich der Anspruch des Bedachten im Falle des Unvermögens „von vorneherein" auf Zahlung des Wertes richtet. Bei der Unzumutbarkeit des § 2170 Abs. 2 S. 2 bilde dagegen die vermachte Sache nach wie vor den Gegenstand des Schuldverhältnisses. Damit ist gesagt, daß im Falle der Unzumutbarkeit die Verschaffung des Gegenstandes in natura nach wie vor allein „in obligatione" ist, die Leistung des Wertes kann lediglich „in solutione" geschehen. Es liegt daher eine sog. facultas alternative des Schuldners vor[3]).

Anders im Falle des Unvermögens. Wenn die Kommission feststellt, daß der Anspruch des Bedachten in diesem Falle von vorneherein auf Zahlung des Wertes gerichtet ist, so soll das besagen, daß die Leistung des Wertes den alleinigen Inhalt des Schuldverhältnisses darstellt. Die Verpflichtung zur Leistung des Wertes ist unter den Voraussetzungen des § 2170 Abs. 2 S. 1 allein in obligatione. Für diese Auffassung spricht zunächst der

1) Staudinger, II, 3 zu § 2170; RGRKom. Anm. 2 zu § 2170; Strohal, I § 34 Anm. 5; Prot. V, S. 171; Krückmann, Arch. Ziv. Pr. Bd. 101/68; Munk, S. 99.

2) Prot. V, S. 171.

3) Vgl. S. 52 dieser Arbeit.

Wortlaut des § 2170 Abs. 2 S. 1. Auch die Gegenüberstellung zu § 2170 Abs. 2 S. 2 ist dieser Meinung günstig.

Eine andere Rechtsfolge ergibt sich bei der Annahme, daß die Rechtslage des § 2170 Abs. 2 S. 1 stets „von vorneherein" bestünde. Diese Ausdrucksweise kann nur auf den Zeitpunkt des Erbfalles bezogen sein, also den Zeitpunkt an dem zuerst ein Schuldverhältnis zwischen dem Bedachten und dem Beschwerten entstehen konnte. Die Kommission ging offenbar von der Voraussetzung aus, der § 2170 Abs. 2 S. 1 enthalte nur eine Regelung für die Fälle ursprünglichen Unvermögens. Es ist nicht ersichtlich, in welchem Umfange diese Entscheidung auf die damals herrschende Lehre zurückzuführen ist, daß die Leistung einer fremden Sache grundsätzlich einen Fall ursprünglichen Unvermögens darstelle[1]). Es wurde jedoch bereits ausgeführt, daß beide Auffassungen abzulehnen sind.

Die Kommission war der Meinung, daß ein zufälliger Untergang der vermachten Sache im Falle des § 2170 Abs. 2 S. 2 dem Bedachten folgerichtig zugute kommen müßte. Im Falle des Unvermögens des § 2170 Abs. 2 S. 1 soll dagegen der zufällige Untergang keine befreiende Wirkung mehr haben. Diese Feststellung ist das Ergebnis folgender Ueberlegungen, Im Falle des Unvermögens nach § 2170 Abs. 2 S. 1 bilde die Verpflichtung zur Leistung des Wertes den alleinigen Inhalt des Schuldverhältnisses. Diese Verpflichtung könne aber nicht durch die objektive Unmöglichkeit einer Leistung berührt werden, die gar nicht mehr geschuldet ist. Falls daher das Unvermögen sich nachträglich zu einem Fall objektiver Unmöglichkeit erweitert, so werde dadurch die Möglichkeit, den Wert zu leisten, nicht in Frage gestellt. Die nunmehr objektiv unmögliche Verschaffung wäre andererseits nicht mehr geschuldet, nachdem einmal die Voraussetzungen des § 2170 Abs. 2 S. 1 eingetreten waren. Der Beschwerte bleibe daher zur Entrichtung des Wertes verpflichtet.

Gegen diese Auffassung wendet sich der größere

1) Vgl. S. 11 Anm. 1 dieser Arbeit.

Teil der Lehre[1]). Diese Gegnerschaft beruht indessen auf verschiedenen Ursachen. Von Krückmann[2]) lehnt die Regelung des § 2170 Abs. 2 deshalb überhaupt als unzweckmäßig ab, weil nach seiner Anschauung jeder Fall eines Unvermögens letzten Endes auf eine Unerschwinglichkeit hinausläuft. Man solle daher den § 2170 Abs. 2 dadurch weitgehend unschädlich machen, daß man eine möglichst große Zahl aller Unvermögensfälle als eine Unerschwinglichkeit im Sinne des § 2170 Abs. 2 S. 2 behandelt. Es wurde jedoch bereits dargelegt, daß die Unterscheidung von Unmöglichkeit und Unzumutbarkeit ihre volle Berechtigung hat.

Nach der Meinung der herrschenden Lehre soll eine objektive nachträgliche Unmöglichkeit auch unter den Voraussetzungen des § 2170 Abs. 2 S. 1 befreien. Die Verpflichtung zur Leistung des Wertes soll also entfallen, wenn die Verschaffung in natura nachträglich auch noch objektiv unmöglich geworden ist. Für diese Meinung hat offenbar u. a. der geschichtliche Ursprung des § 2170 Abs. 2 bestimmend mitgewirkt. Die Protokolle[3]) weisen ausdrücklich auf die geschichtlichen Grundlagen dieser Vorschriften hin. Das gemeine Recht, das sich auf die Quellen des römischen Rechts stützt, gelangte gleichfalls in überwiegender Weise zu dem angeführten Endergebnis[4]). Allein, es erscheint zweifelhaft, ob diese Entscheidung auch im bürgerlichen Recht aufrecht erhalten werden kann. Das beweisen z. B. schon die verschiedenen und auch zum Teil wieder aufgegebenen Versuche Plancks, seine Meinung zu begründen[5]). Denn im gemeinen Recht waren die Fälle eines Leistungsunvermögens und einer Unerschwinglich-

---

1) Planck, Bem. 2b zu § 2170; Dernburg-Engelmann, V, § 80 Anm. 7; Leonhard, Erl. III, Anm. 2; Crome, V, § 697 Anm. 106; Kretzschmar, § 43 Anm. 17; Peppler, S. 55.

2) Arch. Ziv. Pr. Bd. 101/68.

3) Prot. V, S. 171.

4) Vgl. Salkowski in Glücks Kom. Bd. 49/65 Anm. 8 a. E.

5) Vgl. Planck, 3. Aufl., Bem. 2 zu § 2170.

keit in gleicher Weise geregelt. Dem Schuldner stand in jedem Falle eine facultas alternativa zu[1]). Das BGB. trägt in seiner Regelung des § 2170 Abs. 2 bewußt der Anschauung Rechnung, daß Unmöglichkeit und Unerschwinglichkeit streng geschieden werden müssen.

Die herrschende Lehre entscheidet nichtsdestoweniger, daß nachträgliche unverschuldet objektive Unmöglichkeit auch im Falle des § 2170 Abs. 2 S. 1 den Beschwerten befreien müsse. Diese Meinung ist aber nicht in Einklang zu bringen mit der oben dargelegten Auffassung, daß im Falle des § 2170 Abs. 2 S. 1 die Verpflichtung zur Leistung des Wertes den alleinigen Inhalt des Schuldverhältnisses darstellt.

Es wird sich erweisen, daß dieser Meinungsstreit zum Teil auf streitige Probleme des Schuldrechts zurückführt. Hierbei handelt es sich vornehmlich um die Frage, ob in den Fällen des Unvermögens ein Fortbestand des ursprünglichen Leistungsanspruches angenommen werden darf. Kommt man zu einer Bejahung dieser Frage, so bleibt weiterhin zu prüfen, in welchem Verhältnis ein etwa entstandener Ersatzanspruch zu dem noch existierenden ursprünglichen Leistungsanspruch steht. Es soll kurz auf diese Streitfragen insoweit eingegangen werden als sie den unmittelbaren Anlaß zu dem Meinungsstreit zu § 2170 Abs. 2 geben.

Planck[2]) beschäftigt sich am eingehendsten im Sinne der herrschenden Lehre mit unserer Frage zu § 2170 Abs. 2. Seine Ausführungen sollen daher im folgenden besonders gewürdigt werden. Planck geht davon aus, daß man mit der Gegenmeinung zu ganz verschiedenen Ergebnissen gelangt, je nachdem, ob ein Fall des Unvermögens oder der Unzumutbarkeit vorliegt. Einmal wird durch das Hinzutreten nachträglicher unverschuldeter objektiver Unmöglichkeit an der Haftung aus § 2170 Abs. 2 S. 1 nichts

1) Vgl. Salkowski, a.a.O., Bd. 49/65; Kipp zu Windscheid, Bd. II/82ff. S. 23 Anm. 5; Dernburg, Pand. II/186 Anm. 83.

2) Planck, Bem. 2b zu § 2170.

geändert. In den Fällen des § 2170 Abs. 2 S. 1 bringt jedoch derselbe Umstand eine Befreiung des Schuldners nach § 275. Nach Plancks Auffassung wäre dieses Ergebnis nicht mit der Auffassung des Lebens in Einklang zu bringen[1]). Die Lebensauffassung erblicke keinen Unterschied zwischen dem Fall, daß sich jemand weigert, eine Sache zu verkaufen oder daß er sie bloß für einen Preis verkaufen will, den kein vernünftiger Mensch bezahlen wird, z. B. das Hundertfache des Wertes. Dazu ist folgendes zu sagen: die Auffassung des Lebens macht sicherlich keinen Unterschied zwischen den Fällen dieses Beispiels. U. E. liegt aber auch kein Anlaß vor, diese Fälle rechtlich verschieden zu behandeln. Allerdings nicht in der von Planck gewünschten Weise, der die Regelung des § 2170 Abs. 2 S. 2 auch auf den Abs. 2 S. 1 übertragen will. Es muß in dem Beispiel Plancks vielmehr eine Ablehnung des Verkaufsantrages erblickt werden. So sagt Endemann[2]): „Die Bereitwilligkeit, sein Grundstück für das Zehnfache des wirklichen Wertes zu verkaufen, bedeutet die Ablehnung eines vernunftgemäßen Kaufsvertrages". Dem muß zugestimmt werden. Wenn jemand auf eine Kaufanfrage einen völlig unsinnigen Preis nennt so ist er sich als vernünftiger Mensch dessen bewußt, daß der Kauflustige diesen Preis „den kein vernünftiger Mensch zahlt", auch niemals anlegen wird. Seine Erklärung ist also nicht ernst gemeint. Er wird aber auch nicht damit rechnen, daß etwa der Partner diese Offerte ernst nimmt. Die Erklärung, für das Hundertfache des Wertes zu verkaufen, wird jedoch in aller Regel von beiden Parteien als das aufgefaßt werden, was sie ihrem Sinne nach darstellt, nämlich als Ablehnung des Verkaufsantrages. Daher muß dieser Fall unmittelbar nach § 2170 Abs. 2 S. 1 beurteilt werden, nicht nach § 2170 Abs. 2 S. 2. Diese Anwendung nach § 2170 Abs. 2 S. 1 soll nicht etwa aus dem Gesichtspunkte einer sog. juristischen Unmöglichkeit

1) Planck, a.a.O., vgl. auch Dernburg-Engelmann, V, § 80, Anm. 7.
2) Endemann, V, 1. Hälft, § 93 Anm. 47.

geschehen; § 2170 Abs. 2 S. 1 soll vielmehr deswegen angewandt werden, weil in der Erklärung des Beispiels eine Weigerung des Dritten zu erblicken ist.

Die Fälle wirklicher Unzumutbarkeit werden sich auch praktisch meist anders darstellen. Wenn jemand überhaupt verkaufsbereit ist, so wird er u. U. einen erheblichen Ueberpreis zu erlangen suchen; er wird aber nie durch ganz unsinnige Forderungen von vorneherein jede Verkaufsaussicht zerstören[1]).

Planck führt weiter aus: „Zu solch verschiedener Behandlung nötigt auch das Gesetz nicht. Die Grundlage der Verpflichtung zum Wertersatz bleibt immer die Verpflichtung zur Verschaffung des Gegenstandes. Das besagt, der Ersatzanspruch sei in seiner Existenz von dem Schicksal des Anspruches auf Verschaffung abhängig. Damit wäre die Abhängigkeit eines Einzelanspruchs von einem anderen Einzelanspruch als seiner Grundlage abhängig. Diese Auffassung setzt für § 2170 Abs. 2 S. 1 voraus, daß der Anspruch auf Verschaffung auch im Falle subjektiver Unmöglichkeit noch existiert. Diesen Gedanken spricht Leonhard[2]) für § 2170 unmittelbar aus: „Das Gesetz sagt zwar, daß der Schuldner nur auf Wertersatz haftet, aber in erster Linie bleibt er doch, wie überhaupt bei jeder Haftung des Schuldners zur ursprünglichen Leistung verpflichtet".

Wir betonten bereits, daß nach unserer Auffassung unter den Voraussetzungen des § 2170 Abs. 2 S. 1 die Leistung des Wertes den alleinigen Gegenstand des Schuldverhältnisses bildet. Die Frage, ob bei subjektiver Unmöglichkeit noch ein Anspruch auf die ursprüngliche Leistung angenommen werden darf, ist jedoch überaus streitig. Es soll daher auf diese Frage insoweit eingegangen werden, als sie das gleiche Problem in § 2170 Abs. 2 erklären können.

---

1) Vgl. S. 52 dieser Arbeit darüber, in welcher Weise der Begriff der Unzumutbarkeit gerade für § 2170 Abs. 2 S. 2 zu fassen ist.

2) Leonhard, Erbrecht, Bem. III zu § 2170.

Ein Teil der Lehre nimmt an, daß auch in den Fällen des Unvermögens der Anspruch auf den ursprünglichen Leistungsgegenstand entfallen und an seine Stelle ein Ersatzanspruch getreten ist[1]). Dieser Ersatzanspruch stellt sodann den alleinigen Inhalt des Schuldverhältnisses dar. Er geht nach einer Auffassung zunächst wiederum auf Erfüllung, jedoch nicht im Sinne eines eigentlichen Leistungs-, sondern eines Herstellungsanspruches gemäß § 249[2]).

Nach überwiegender Meinung geht der Ersatzanspruch auch im Falle des Unvermögens auf Schadenersatz wegen Nichterfüllung[3]). Mit dieser Auffassung kämen wir schon aus dem Grunde zu einer Ablehnung für Plancks Ansicht zu § 2170 Abs. 2 S. 1, da diese sich auf den Fortbestand des ursprünglichen Leistungsanspruches begründet.

Ein anderer Teil der Lehre[4]) nimmt an, daß man im Falle bloß subjektiver Unmöglichkeit eine Fortdauer des ursprünglichen Leistungsanspruches annehmen dürfe. Bevor wir jedoch auf die überaus streitige Frage eingehen, welcher dieser beiden Meinungen der Vorzug zu geben ist, soll zuerst untersucht werden, ob diese zweite Meinung überhaupt zu dem von Planck gewünschten Ergebnis führen kann. Es sei daher zunächst die Richtigkeit der Auffassung unterstellt, daß auch noch unter den Voraussetzungen des § 2170 Abs. 2 S. 1 der ursprüngliche Verschaffungsanspruch noch besteht. Da andererseits der Anspruch auf Wertersatz nicht zu bezweifeln ist, erhebt sich die Frage nach dem Verhältnis der beiden Ansprüche. Es kommen insbesondere drei Konstruktionen für eine solche Mehrheit von Ansprüchen in Frage. Eine Alternativobligation, eine facultas alternativa mit

1) Vgl. Anm. 2 und 3.

2) Vgl. Planck, 3. Aufl., Bem. 3 zu § 280; Kleineidam S. 110, 126.

3) Crome, § 166 Anm. 25; Dernburg II, §§ 60, II; 61, II; Siber, Jb. Dogm. 50, S. 222ff.; Schöller in Gruch. Bd. 45/585; Oertmann, Bem. 4b zu § 275; Staudinger, Bem. II, 2 zu § 280.

4) Kisch, I, S. 127; Cosack-Mitteis § 156, Anm. 3.

Wahlrecht des Gläubigers oder eine facultas alternativa mit Wahlrecht des Schuldners. Es kann bei diesen Fragen unbedenklich auf das Beispiel des § 280 verwiesen werden; den § 280 Abs. 1 bietet für alle diese Auffassungen nach seinem Wortlaut keine größeren Schwierigkeiten als der Wortlaut des § 2170 Abs. 2 S. 1.

a) Für § 280 Abs. 1 wird zum Teil angenommen der ursprüngliche Leistungsanspruch und der Ersatzanspruch stünden in dem Verhältnis einer Wahlschuld zu einander[1]). Diese sei mit einem Wahlrecht des Gläubigers ausgestattet. Diese Auffassung könnte jedoch das von Planck für § 2170 Abs. 2 S. 1 behauptete Verhältnis der Ansprüche nicht erklären. Denn wenn bei einer Alternativobligation die eine Leistung unmöglich wird, so konzentriert sich das Schuldverhältnis auf die andere noch mögliche. Bei der Alternativobligation sind beide Leistungen in obligatione, eine in solutione. Für den Fall des § 2170 müßte diese Auffassung aber gerade zu dem von Planck nicht gewünschten Ergebnis führen. Falls die Verschaffung in natura objektiv unmöglich wird, müßte sich das Schuldverhältnis auf die noch mögliche Leistung des Wertes konzentrieren, der Schuldner würde also nicht frei.

b) Denkbar wäre weiterhin, daß wir es in dem Verhältnis des ursprünglichen Verschaffungsanspruches und dem Ersatzanspruch aus § 2170 Abs. 2 S. 1 mit einer facultas alternativa des Gläubigers zu tun hätten. Ein solches nimmt z. B. Kreß für das Verhältnis von Primäranspruch und dem Schadensersatzanspruch aus § 280 Abs. 1 an[2]). Kreß kommt damit für § 280 Abs. 1 zu dem Resultat, daß die zufällige objektive Unmöglichkeit der Primärleistung auch die Befugnis des Gläubigers erlöschen läßt, die Ersatzleistung zu fordern. Denn die Ersatzleistung sei akzessorischer Natur, d. h. in ihrer Existenz von dem Bestand des primären Anspruchs abhängig. Zwar bietet der Wortlaut des § 2170 Abs. 2 S. 1 dieser Auffassung

1) Cosack-Mitteis, § 156 Anm. 3.
2) Kreß, Schuldrecht § 14, S. 267 Anm. 65.

keine größeren Schwierigkeiten als der Wortlaut des § 280 Abs. 1; gegen die Annahme eines Wahlrechtes für den Gläubiger sprechen jedoch für § 2170 Abs. 2 S. 1 innere Gründe, § 2170 bezweckt eine Beschränkung der schuldnerischen Haftung[1]). Der Gläubiger erhält für die ausgebliebene Leistung nicht das volle Interesse, sondern nur den gemeinen Sachwert. Vom Standpunkt des Gläubigers aus wäre ein voller Ersatz bloß ein Schadensersatz wegen Nichterfüllung, d. h. das positive Interesse. Dem Gläubiger aber die Wahl zwischen zwei Leistungen zu geben, die von seinem Standpunkt aus nicht gleichwertig sind, wäre nicht sinnvoll. Hier handelt es sich gerade darum, die Interessen des Gläubigers zum Schutze des Schuldners zu beschränken. Es käme allenfalls ein Wahlrecht des Schuldners in Betracht[2]). Eine facultas alternativa mit Wahlrecht des Gläubigers ist also abzulehnen.

c) Es bleibt zu untersuchen, ob wir es in § 2170 Abs. 2 S. 1 mit einer facultas alternativa des Schuldners zu tun haben. Darnach wäre die Verschaffung des vermachten Gegenstandes auch im Falle subjektiver Unmöglichkeit noch Inhalt des Schuldverhältnisses, also allein in obligatione. Dem Schuldner wäre lediglich die Befugnis eingeräumt, sich durch Leistung des Wertes zu lösen. Planck scheint diese Auffassung für § 2170 Abs. 2 S. 1 tatsächlich zu vertreten[3]). Diese Annahme war wohl für das gemeine Recht herrschend und berechtigt[4]). Das BGB. hat aber, wie schon erwähnt, eine Aenderung vollzogen. Wenn der Wortlaut des § 2170 die Annahme einer facultas alternativa des Gläubigers allenfalls noch zuläßt,

1) Vgl. Prot. V, 171; vgl. auch die Ausdrucksweise des Gesetzes in § 2182 Abs. 2.

2) Anders stellt sich ein Vergleich der beiden Leistungen vom Standpunkt des Beschwerten aus dar. Vgl. Burchard-de Boor, II. Bd. § 167, V, 3 „Was der Beschwerte vermutlich ohnehin hätte aufwenden müssen, um den Gegenstand zu erwerben".

3) Vgl. Planck, Vorbem. II, 2b zu §§ 262—265.

4) Vgl. Salkowski, in Glücks Kom. Bd. 49/65 Anm. 8 a. E.

so gilt das nicht für die Annahme einer facultas alternativa des Schuldners. Zwar würde die Interessenlage in § 2170 Abs. 2 S. 1 eher für ein Wahlrecht des Schuldners als für ein Wahlrecht des Gläubigers sprechen; für § 2170 Abs. 2 S. 1 muß dennoch eine facultas alternativa des Schuldners als ausgeschlossen gelten. Das Gesetz gewährt in Abs. 2 S. 2 eine solche facultas alternativa des Schuldners in ausdrücklichem Gegensatz zu Abs. 2 S. 1. Es hieße diesen bewußt geschaffenen Gegensatz ignorieren, wollte man in die Bestimmung des Abs. 2 S. 1 gleichfalls eine facultas alternativa des Schuldners hineinlegen. Auch lehren jene Vorschriften, in denen das Gesetz tatsächlich eine facultas alternativa des Schuldners gewährt, z. B. §§ 251 Abs. 2. 2170 Abs. 2 S. 2, daß das Gesetz diese Absicht durch seine Ausdrucksweise zu erkennen gibt. Die Annahme einer facultas alternativa des Schuldners muß für § 2170 Abs. 2 S. 1 gleichfalls abgelehnt werden.

d) Planck führt weiter aus: „Die Verschiedenheit des Leistungsinhalts für sich allein rechtfertigt es nicht, dem Restanspruch auf Wertentrichtung gegenüber dem ursprünglichen Verschaffungsanspruch einen völlig selbständigen Bestand einzuräumen[1])".

Die Annahme, daß der ursprüngliche Verschaffungsanspruch an sich noch bestünde, wurde bereits abgelehnt. Es muß jedoch berücksichtigt werden, daß Planck die Bezeichnung Anspruch in doppeltem Sinne braucht[2]). Einmal als Anspruch im Sinne eines Einzelanspruchs aber auch im Sinne eines Komplexes von Ansprüchen, also im wesentlichen im Sinne von Schuldverhältnis.

Planck spricht von der Verschiedenheit des Leistungsinhalts. Er berührt damit das Problem der sog. Identität. Die Frage, ob bei einer Aenderung des Leistungsinhalts eine Identität des ursprünglichen Anspruches mit dem neuen Anspruch anzunehmen sei, ist Gegenstand eines

1) Planck, Bem. 2b zu § 2170.
2) Planck, II, 1 Vorbem. 1, 2b β S. 9.

alten Streites. Planck nimmt solche Identität für § 2170 Abs. 2 S. 1 an[1]). Ueberall dort könne solche Identität angenommen werden, wo anstatt der zunächst geschuldeten Leistung Schadensersatz wegen Nichterfüllung ihr Wert oder ein Surrogat geleistet werden soll und wo sich diese Aenderung kraft Gesetzes vollzieht.

Da die Bezeichnung Anspruch von der Lehre in verschiedenem Sinne gebraucht wird, kommt Planck mit Recht zu dem Schluß, daß von dem Identitätsstreit nur eine terminologische Frage übrig bleibt: die Frage, ob man lieber von Ansprüchen im Sinne eines unveränderlichen Einzelindividuums oder im Sinne eines Komplexes von Rechten sprechen will[2]). Nach seiner Auffassung, der auch wir beitreten, ist die Identitätsfrage überhaupt nur für den Anspruch im Sinne eines Komplexes von Rechten aufzuwerfen[3]). Eine „Identität" in diesem Sinne darf überall dort angenommen werden, wo der Rechtsgrund unverändert bleibt[4]). Damit bleibt von der ganzen Frage nur die Tatsache übrig, daß wir es mit dem alten Schuldverhältnis zu tun haben. Das erweist sich auch an den Beispielen, die Planck als Fälle einer Identität anführt; außer § 2170 Abs. 2 sind das auch die §§ 280, 281.

Diesen Vorschriften ist gemeinsam, was wir als Ergebnis der Identitätsfrage fanden: die Ansprüche gründen sich auf das alte Schuldverhältnis. Keineswegs entsteht eine obligatio ex lege als Grundlage des neuen Anspruches. Das ist diesen Vorschriften gemeinsam. Im übrigen aber gewähren z. B. die §§ 280, 281 Ansprüche von ganz verschiedener Natur und mit ganz verschiedenen Aufgaben. Denn der „Restanspruch" aus § 281 stellt sich weder als ein Schadensersatzanspruch dar noch als die Unterart eines solchen. Wenn z. B. durch einen Fall unverschuldeten nachträglichen Unvermögens nach § 275 Befreiung

1) Planck, Erl. II, 1 a zu § 305 S. 314.
2) Planck, Bd. II, 1 Vorbem. I, 2c β S. 9.
3) Planck, a.a.O., Vorbem. O, 2c S. 9.
4) Planck, ebenda.

von der Hauptverbindlichkeit eintrat und auch kein Schadensersatzanspruch entstand, so kann sich dennoch der Restanspruch aus § 281 ergeben. An der Existenz dieses Restanspruchs kann aber die Tatsache nichts mehr ändern, daß die bisher subjektiv unmögliche Leistung nun auch noch objektiv unmöglich wird. Zu seiner Entscheidung bedarf der Anspruch aus § 281 zwar eines bereits bestehenden Schuldverhältnisses und einer ursprünglichen Leistungspflicht[1]). Für seinen Fortbestand sind aber lediglich die für seine Natur spezifischen Voraussetzungen von Wichtigkeit. Dazu gehört nicht das Vorhandensein einer ursprünglichen Leistungspflicht als seiner Grundlage. Daß ferner das Schuldverhältnis als solches nicht ohne weiteres durch einen Fall nachträglicher unverschuldeter objektiver Unmöglichkeit der Leistung berührt wird, zeigt gerade § 281.

Aehnliches lehrt § 280. Die Annahme der Identität ist nur ein Erklärungsversuch für die Umwandlung des Erfüllungsanspruchs in den Schadensersatzanspruch in konstruktiver Hinsicht. Planck[2]) sagt selbst, es sei praktisch bedeutungslos, ob man Identität annimmt, oder ob man davon ausgeht, daß der Erfüllungsanspruch entfallen und an seine Stelle der Schadensersatzanspruch getreten sei.

Daß aber dem Schadensersatzanspruch aus § 280 das alte Schulverhältnis zur Grundlage dient, führt keineswegs zu dem Resultat, wie Planck es für § 2170 wünscht. Wenn z. B. der Schuldner einen Fall nachträglicher subjektiver Unmöglichkeit zu vertreten hatte, so entsteht der Schadensersatzanspruch aus § 280. Wenn darnach die geschuldete Leistung auch noch ohne Verschulden objektiv unmöglich wird, so müßte dieser Umstand für sich allein betrachtet, nach § 275 eine Befreiung des Schuldners bringen.

Aber der einmal entstandene Schadensersatzanspruch wird

1) Oertmann, Bem. 1 zu § 281.
2) Planck, Erl. 2a zu § 280.

seinem Grunde nach dadurch nicht mehr berührt [1]). Seine Fortexistenz regelt sich nach den Grundsätzen, die seiner besonderen Natur als Schadensersatzanspruch angemessen sind. Es handelt sich um die Frage, inwieweit der zu vertretende Schadensgrund für den Schaden kausal ist, der sich nach Entwicklung der Dinge für den Geschädigten ergibt. Das kann u. U. zu einer starken Reduzierung des Schadensersatzanspruches in Anbetracht seiner Höhe führen [2]). Dem Grunde nach wird aber der einmal entstandene Anspruch nicht dadurch hinfällig, daß der Schaden auch ohne Verschulden nachträglich ohnehin entstanden wäre [3]).

Die Tatsache allein, daß sich der Anspruch aus § 2170 Abs. 2 S. 1 gleichfalls auf das alte Schuldverhältnis gründet, führt, für sich allein betrachtet, nicht notwendig zu dem von Planck gewünschten Resultat. Um über das weitere Schicksal des einmal entstandenen Anspruches urteilen zu können, bedarf es vielmehr auch hier einer Berücksichtigung der besonderen Natur des Anspruches aus § 2170 Abs. 2 S. 1.

V. Die Natur des Anspruches aus § 2170 Abs. 2 S. 1.

Es ist zunächst zu prüfen, welche Rechtsgedanken in der Vorschrift des § 2170 Abs. 2 ihren Ausdruck finden. Die Auffassungen die hier bei der Schöpfung des BGB. zutage traten, geben zu dieser Frage nur bedingten Aufschluß. Es wird lediglich angeführt, daß „fast alle geltenden Rechte“ [4]) den in § 2170 Abs. 2 geregelten Sachverhalt vorsehen. Die gemeinsame Wurzel für alle diese Vorschriften finden wir im römischen Recht [5]).

---

1) Vgl. Planck, Erl. 4b zu § 249 S. 77.

2) Vgl. Planck, a.a.O. ebenda.

3) Staudinger, Vorbem. IV, 4 vor § 249; Oertmann Vorb. 4c vor § 249; Planck Erl. 4b zu § 249.

4) Vgl. Mot. V S. 149 uud die dort unter Anm. 1 zit. Lit. vgl. auch Arndts Bd. 46 S. 191/92.

6) Vgl. Arndts 46/191, insbes. D. 32, 14 § 2.

Es handelt sich hierbei, ähnlich wie in § 2170 Abs. 2 darum, daß an Stelle des eigentlichen Vermächtnisgegenstandes eine Ersatzleistung erbracht werden darf. Als Vorbild des § 2170 Abs. 2 und der von den Motiven angeführten Partikularrechten kommt insbesondere D. 32, 14 § 2 in Betracht. Darnach konnte der Beschwerte sich durch Entrichtung des Schätzungswertes lösen, wenn der Eigentümer die Sache gar nicht oder nur zu unangemessenem Preise hergeben wollte. Darüber hinaus bestand im Rahmen des römischen Rechts in außerordentlich weitem Umfang die Möglichkeit, sich durch Entrichtung des Wertes an Stelle des eigentlichen Vermächtnisgegenstandes zu befreien[1]).

Es läge daher nahe, für eine Beurteilung des Wertersatzes nach § 2170 Abs. 2 S. 1 auf einen Vergleich mit jenen Ersatzleistungen im römischen Recht zurückzugreifen. Es wird sich jedoch erweisen, daß eine Heranziehung der im römischen Recht erkennbaren Rechtsgedanken aus mehrfachen Gründen für unsere Frage zu § 2170 nicht dienlich sein kann.

a) Was die Leistung der aestimatio als Ersatzleistung an Stelle des eigentlichen Vermächtnisgegenstandes anlangt, so muß für die klassische Zeit des römischen Rechts vor allem folgendes beachtet werden[2]). Die Rolle aller Ersatzansprüche wurde im klassischen Recht auf das stärkste durch die Tatsache beeinflußt, daß jede Verurteilung im Prozeß nur auf eine Geldleistung gehen konnte[3]). Eine jede Forderung, die nicht ohnehin auf Geldersatz ging, verwandelte sich im Prozeß notwendigerweise in einen Geldanspruch.

Das hatte insbesondere zwei Folgen: einmal ging jeder Ersatz grundsätzlich auf eine Geldleistung. Zum andern war die Zahl der Fälle, wo überhaupt ein Ersatz an die Stelle eines ursprünglichen Leistungsgegenstandes

1) Vgl. Arndts, 46/162 ff.
2) Vgl. Arndts, a.a.O., 46/152.
3) Arndts, a.a.O. 46/162; vgl. auch Joers-Kunkel-Wenger S. 170.

trat, im Verhältnis zum heutigen Stande eine unvergleichlich größere. Denn der Ersatz in der Form einer Geldleistung war nichts anderes als die „prozessuale Auswirkung eines jeden Sachleistungsanspruches“ [1]).

Diese Tatsache wirkte sich naturgemäß auch auf das Vermächtnis einer fremden Sache aus. Und so wurde sogar die Frage aufgeworfen, ob der Vermächtnisnehmer nicht überhaupt nur verpflichtet sei, entweder die Sache selbst oder deren Wert zu leisten; ob also die Leistung des Wertes nicht Gegenstand eines solchen Vermächtnisses sei [2]). Arndts [3]) bemerkt dazu mit Recht, daß ein Teil jener Vorschriften nur von dem prozessualen Standpunkt des älteren römischen Rechts zu erklären sei.

Im justinianischen Recht waren dagegen jene Unzulänglichkeiten des römischen Prozeßes bereits beseitigt. Bei einem legatum rei alienae konnte die Verurteilung zunächst auf die Verschaffung der Sache als die eigentlich geschuldete Leistung gerichtet werden [4]).

Nichtsdestoweniger herrschte noch im gemeinen Recht Streit darüber, ob nicht bei dem legatum rei alienae vor allem die aestimatio geschuldet sei [5]). Nach dieser Meinung stellt sich das Vermächtnis einer fremden Sache eigentlich als Vermächtnis eines Wertbetrages dar, dessen Höhe sich nur durch die Sache bestimmt [6]).

Dieser Auffassung wird jedoch mit Recht entgegengehalten, daß die Quellentexte, die zum Beweis jener Meinung dienen sollen, sich zum Teil auf die erwähnte Eigenart des klassischen römischen Prozesses zurückzuführen lassen [7]). In anderen Fällen handelt es sich um

1) Joers-Kunkel-Wenger, S. 170 Bem. a.

2) Vgl. Arndts, a.a.O., Bd. 46/161/62.

3) Arndts, a.a.O.

4) Arndts 46/165; Munk, S. 35.

5) So Vangerow II. S. 433ff.; Roßhirt, I, S. 231; die sich auf L. 40, L. 114 § 5 D. 30, L. 11 § 16 D. 32 berufen. A. A.; Arndts, S. 113ff.; Salkowski, S. 65, III.

6) Vgl. Arndts, S. 114.

7) Arndst, 46/162.

das Ergebnis einer Auslegung des Erblasserwillens[1]). Aus einem dieser beiden Gesichtspunkte werden viele der außerordentlich zahlreichen Vorschriften des römischen Rechts verständlich, die eine Leistung der aestimatio an Stelle des eigentlichen Vermächtnisgegenstandes zulassen.

Es zeigt sich also, daß die Gründe, die im römischen und gemeinen Recht die Hingabe einer Ersatzleistung gestatteten, für das bürgerliche Recht zum Teil außer Ansatz bleiben müssen. Für das bürgerliche Recht haben diese Fragen insoweit keine Bedeutung, als hier nur die Leistung des vermachten Gegenstandes Inhalt eines Verschaffungsvermächtnisses ist.

b) Soweit jedoch die Leistung des vermachten Gegenstandes nicht erfolgen kann, wird auch im bürgerlichen Recht das Moment der Willensauslegung erheblich[2]). Diese Willensauslegung kann ergeben, daß es dem Erblasser weniger auf die Zuwendung eines bestimmten Gegenstandes als vielmehr eines Vermögensvorteils schlechthin ankam. Das kann jedoch nicht als Regel angesehen werden, vielmehr müssen ganz besondere Umstände für die Berechtigung dieser Auslegung sprechen[3]).

In den Fällen, in denen der eigentliche Vermächtnisgegenstand nicht oder nicht in der ursprünglich vorgesehenen Weise erbracht werden kann, bedient sich das Gesetz zum Teil einer Auslegungsregel (§§ 2169 Abs. 3, 2172 Abs. 2, 2173, 2166, 2168). Jedoch nicht alle diese Fälle sind allein auf den vermutlichen Willen des Erblassers zurückzuführen. Teilweise ist die Regelung des Gesetzes auch auf andere Gesichtspunkte gegründet. So betont Planck[4]) daß z. B. in § 2169 Abs. 3 außer dem vermutlichen Willen des Erblassers auch der Rechtsgedanke der Surrogation mit herangezogen wird. Endlich finden sich auch solche Vorschriften, die zwar dem Be-

1) Vgl. Arndts, 46/114; Munk, S. 71 Anm. 18.
2) Vgl. Planck, Bem. 3 zu § 2170, Bem. 4 zu § 2169.
3) Vgl. Planck, Bem. 3 zu § 2170 a. E.
4) Planck, Bem. 4 zu § 2169.

dachten einen Ersatz gewähren, die sich aber überhaupt nicht auf einen vermutlichen Willen des Erblassers zurückführen lassen[1]).

c) Es soll daher bei unserer Frage nach der Natur des Anspruches aus § 2170 Abs. 2 zunächst untersucht werden, in welchem Maße sich diese Bestimmung auf den Willen des Erblassers zurückführen läßt. Hierbei sind die Grundsätze zu beachten, nach denen das Bürgerliche Gesetzbuch im allgemeinen eine Berücksichtigung des Erblasserwillens übt.

Es wird im BGB. zum Teil der Versuch unternommen, dem Willen des Erblassers auch bei der Vorschrift des § 2170 Abs. 2 S. 1 eine ausschlaggebende Rolle zu unterstellen. So geht Siber[2]) davon aus, daß grundsätzlich bei unverschuldetem ursprünglichen Unvermögen keine Haftung des Schuldners gerechtfertigt sei; wo das Gesetz eine solche Haftung dennoch bestimmt, wie z. B in § 2170 Abs. 2 S. 1, sei das eine Frage der Testamentsauslegung. Siber möchte also die Haftung des Beschwerten in § 2170 Abs. 2 S. 1 auf den durch Auslegung ermittelten Willen des Erblassers schlechthin gründen. Auch Staudinger[3]) will für den Fall des concursus duarum causarum lucrativarum den § 2170 Abs. 2 S. 1 anwenden, wenn es dem Erblasser weniger auf die Zuwendung des individuellen Gegenstandes als eines Vermögensvorteiles schlechthin angekommen ist.

Die Auffassung, daß wir es in § 2170 Abs. 2 S. 1 mit dem Resultat einer Willensauslegung zu tun hätten, erfordert jedoch ganz bestimmte Voraussetzungen. § 2170 Abs. 2 ist seiner Form nach keine Auslegungsregel, sondern strikte Norm. Der praktische Unterschied zwischen einer strikten Norm und einer Auslegungsregel wird dadurch klar, daß bei einer Auslegungsregel der Erbe die Präsumption des Gesetzes durch einfachen Gegenbeweis

1) Vgl. § 2288; vgl. auch S. 59 dieser Arbeit.
2) Siber, in Iher. Jb. 50/263.
3) Staudinger, Bem. II, 1 zu § 2170.

entkräften kann; angesichts des § 2170 Abs. 2 als einer strikten Norm bedarf es jedoch einer ausdrücklichen Anordnung des Erblassers selbst, um die Anwendung der Vorschrift auszuschließen [1]). Der Erblasser hätte z. B. anordnen müssen: „Falls dem Erben die Beschaffung nicht gelingt, soll er von jeglicher Verpflichtung frei sein".

Unter der oben genannten Voraussetzung müßte sich nach Sibers und Staudingers Auffassung der Wille des Erblassers in jedem Falle unverschuldeten Unvermögens in ganz bestimmter Weise ermitteln lassen. Die Annahme müßte gerechtfertigt sein, daß es in all diesen Fällen dem Erblasser weniger auf den Gegenstand als solchen als auf einen Vermögensvorteil angekommen wäre; also allenfalls auf den Wert.

Eine ähnliche Auffassung wurde bereits im gemeinen Recht vorgetragen. Das legatum rei alienae sei nur gültig, wenn der Legatar beweist, daß der Testator die Sache als fremde gekannt oder jedenfalls diese resp. deren Wert doch vermacht haben würde [2]). Man wollte also in dem legatum rei alienae in zweiter Linie stets auch ein Vermächtnis des Wertes erblicken. Dieser Schluß wurde jedoch in dieser Allgemeinheit schon damals mit Recht abgelehnt [3]).

Das gleiche gilt in vollem Umfange für das bürgerliche Recht. Unter den Voraussetzungen eines Verschaffungsvermächtnisses ist vor allem die Tatsache wesentlich, daß der Erblasser den Gegenstand selbst auch dann vermachen wollte, wenn er zur Zeit des Erbfalles nicht zur Erbschaft gehörte. Es kann also nicht grundsätzlich angenommen werden, der Erblasser hätte allenfalls auch den Wert des Gegenstandes vermacht. Alsdann wäre auch nicht einzusehen, warum ein so gearteter Wille des Erblassers sich stets nur in den Fällen des Unvermögens

---

1) Prochownik, S. 48.
2) Vgl. Roßhirt, II S. 149/50; Arndts 46/157, 115.
3) Vgl. Arndts 46/115.

erweisen sollte, nicht aber auch in den Fällen objektiver Unmöglichkeit.

Munk[1]), der die Bestimmung des § 2170 Abs. 2 S. 1 auch aus dem Willen des Erblassers rechtfertigen möchte, ist sich dieser Schwierigkeit bewußt. Er begründet daher seine Meinung auf folgende Weise. Das Aequivalent des § 2170 Abs. 2 S. 1 soll dem Bedachten wenigstens die Möglichkeit geben, selbst den ihm zugedachten Gegenstand zu erstehen. Auf diese Weise könnte dann der letzte Wille des Erblassers seine Verwirklichung finden. Munk denkt also offenbar an eine Art modifizierter Verschaffung[2]), etwa in der Weise der modifizierten Herstellung in § 249 Abs. 2[3]). Damit wäre allerdings zur Genüge erklärt, warum sich die Leistung des Wertes auf die Fälle des Unvermögens beschränkt. Die Möglichkeit der Selbstbeschaffung entfiele durch objektive Unmöglichkeit.

Es ist aber u. E. ganz abwegig, diesem Gedanken eine grundsätzliche Bedeutung zuzuerkennen; ähnliche Erwägungen wurden bereits im gemeinen Recht abgelehnt[4]). Es wäre doch nur dann möglich, diesen Gedanken als Grundlage des § 2170 Abs. 2 S. 1 anzunehmen, wenn man die Möglichkeit der Selbstverschaffung grundsätzlich bejahen könnte. Das ist nicht der Fall. Es sind ohne weiteres Fälle denkbar, daß eine Sache schlechthin unverkäuflich ist. Es steht dann fest, daß auch der Bedachte sich den Gegenstand nicht selbst wird verschaffen können. Die entfernte Möglichkeit einer Aenderung der Umstände, z. B. Tod des Dritten und Bereitwilligkeit des Erben kann aber nicht zur Grundlage eines allgemein gültigen gesetzgeberischen Gedankens genommen werden. Es muß da-

---

1) Munk, S. 38.

2) Vgl. Planck, Bem. 3b zu § 249, S. 69.

3) Vgl. RGRKom. Bem. 2 zu § 249; Planck, a.a.O.; vgl. RGZ. 71/214: „Eine durch Geldleistung vermittelte Selbstbefriedigung des Gläubigers".

4) Vgl. Arndts, 46/113 und die dort zit. Lit.; vgl. auch Roßhirt, I, S. 231.

her abgelehnt werden, auf diese Weise den § 2170 auf den Willen des Erblassers zurückzuführen.

In diesem Zusammenhang wäre noch ein Rechtsgedanke zu erwähnen, mit dessen Hilfe versucht wird, eine umstrittene Regel des römischen Rechts zu erklären[1]). Es handelt sich um den Fall, daß einem Sklaven eine militia vermacht worden war. Ein Sklave konnte eine militia aber nicht erwerben. Da diese Tatsache jedem Römer bekannt war, folgerte man, daß der Erblasser, der das ja auch wußte, dem Sklaven vernünftigerweise weniger die militia, als vielmehr den Vermögensvorteil zuwenden wollte. Munk[2]) meint, daß dieser Gedankengang so allgemein wurde, daß man später unter Zuwendung einer militia nur die Zuwendung des Wertes verstand.

In diesem Beispiel ist folgender Grundgedanke zu erblicken. Falls eine von vornherein für jedermann erkennbar unmögliche Leistung Gegenstand eines Vermächtnisses war, folgerte man, daß der Erblasser vernünftigerweise auch weniger gerade diese Leistung als einen Vermögensvorteil schlechthin habe vermachen wollen.

Falls man beim Verschaffungsvermächtnis die Leistung einer fremden Sache als grundsätzlich subjektiv unmöglich ansieht, so könnte man zu einem ähnlichen Ergebnis kommen: der Erblasser hätte das Unvermögen zur Leistung vernünftigerweise doch auch in Rechnung ziehen müssen. Daher wäre es ihm weniger auf die grundsätzlich subjektiv unmögliche Leistung als auf den Wert der Zuwendung angekommen.

Wir lehnen zwar mit der herrschenden Lehre die Annahme ab, daß die Leistung einer fremden Sache grundsätzlich als subjektiv unmöglich gelten müsse. Dem ließe sich aber entgegenhalten, daß durch die Methode rechtlicher Betrachtungsweise die Wahrscheinlichkeit eines erfahrungsgemäß naheliegenden Leistungshindernisses nicht verringert wird. Bei der Verpflichtung zur Leistung einer

1) Vgl. Munk, S. 71 Anm. 18; L. 11 § 16 D. 32.
2) Munk, a.a.O., vgl. Arndts, S. 104.

fremden Sache kann allenfalls die erhöhte Möglichkeit eines Leistungshindernisses praktisch in Rechnung gezogen werden. Dieser Gedanke hat auch offensichtlich im gemeinen Recht eine Rolle gespielt[1]).

Im gemeinen Recht war jedoch streng geschieden zwischen dem legatum rei alienae und dem legat von Sachen des Testators oder des Erben. Das Bürgerliche Gesetzbuch hat diese Art der Unterscheidung jedoch aufgegeben. Zu den Gegenständen, die nicht zur Erbschaft gehören, sind nach bürgerlichem Recht auch die Gegenstände des Beschwerten zu zählen. In diesen Fällen muß jedoch der Gedanke versagen, daß man mit der erhöhten Möglichkeit eines Leistungshindernisses grundsätzlich rechnen müßte. Damit entfällt aber die grundsätzliche Bedeutung dieses Gedankens für das Verschaffungsvermächtnis überhaupt. Es ist aber auch kein Anlaß für die Annahme gegeben, daß Gegenstände eines Dritten und solche des Beschwerten in Ansehung des § 2170 Abs. 2 S. 1 etwa verschieden behandelt werden müßten[2]). Daher kann auch unter Anwendung des oben genannten Gesichtspunktes die Bestimmung des § 2170 Abs. 2 S. 1 nicht nur aus dem Willen des Erblassers erklärt werden.

Endlich spricht für unsere Auffassung auch folgende Ueberlegung: Es widerspräche ganz den sonst erkennbaren Grundsätzen des Bürgerlichen Gesetzbuches, eine Willensauslegung vermittels einer strikten Norm vorzunehmen.

Die Notwendigkeit einer Willensauslegung ergibt sich häufig aus der Tatsache, daß das Bürgerliche Gesetzbuch den Zeitpunkt des Erbfalles für die Wirksamkeit eines Verschaffungsvermächtnisses maßgebend sein läßt. Naturgemäß können sich in der Zwischenzeit zwischen letztwilliger Verfügung und Erbfall Veränderungen aller Art ergeben, sodaß die Vorstellung des Erblassers zur Zeit der Anordnung und die tatsächlichen Verhältnisse zur

1) Vgl. Roßhirt, II, S. 149/50.

2) A. A. ohne Begründung: Maretzki, S. 38.

Zeit des Erbfalles nicht mehr übereinstimmen. In diesen Fällen bedient sich jedoch das Gesetz grundsätzlich einer Auslegungsregel (§ 2169 Abs. 3, § 2172 Abs. 2, §§ 2173, 2168 und 2169). Eine strikte Norm wird vermieden.

In diesen Vorschriften gründet sich die Regelung des Gesetzes auf den vermutlichen Willen des Erblassers. Wenn das Gesetz die Regelung in § 2170 Abs. 2 S. 1 auch mit Rücksicht auf den vermutlichen Willen des Erblassers unternommen hätte, so wäre nicht einzusehen, warum es sich hier nicht wie sonst ebenfalls einer Auslegungsregel bediente. Die Aufgabe, dem vermutlichen Willen des Erblassers gerecht zu werden, könnte eine Auslegungsregel viel besser erfüllen als eine strikte Norm. Das beweist ja auch die sonst geübte Gewohnheit des Bürgerlichen Gesetzbuches.

Das Gesetz gewährt außer § 2170 Abs. 2 S. 1 auch in einem anderen Falle einen Wertersatz durch strikte Norm (§ 2288). Bezeichnenderweise läßt sich gerade diese Regelung ganz offensichtlich nicht auf den Willen des Erblassers zurückführen. In diesem Falle handelt es sich vielmehr allein um den erhöhten Schutz des vertraglich berechtigten Vermächtnisnehmers[1]).

Es läßt sich daher weder aus normalen, besonders aber nicht aus inneren Gründen die Annahme rechtfertigen, die Regelung des § 2170 Abs. 2 S. 1 sei das Ergebnis einer Testamentsauslegung.

VI. Der Grund für die Haftung in § 2170 Abs. 2 S. 1.

Bei der Frage nach den Gründen für die Haftung aus § 2170 Abs. 2 S. 1 und damit der Natur des Anspruchs mußte der Wille des Erblassers als haftungserzeugendes Moment ausscheiden. Es bleibt daher zu prüfen, welche Grundsätze des Schuldrechts in der Regelung des § 2170 Abs. 2 S. 1 zum Ausdruck gelangen.

Es ist unbestritten, daß die allgemeinen Grundsätze des Schuldrechts auch auf solche Ansprüche Anwendung

1) Vgl. S. 59 dieser Arbeit.

finden können, die nicht dem Recht der Schuldverhältnisse entstammen, insbesondere auch auf Ansprüche erbrechtlicher Herkunft[1]). Die Motive bezeichnen dies in Ansehung des Vermächtnisanspruches als selbstverständlich[2]). Es soll daher geprüft werden, ob sich die Haftung des Schuldners in § 2170 Abs. 2 S. 1 aus allgemeinen Grundsätzen des Schuldrechts herleiten läßt.

Zunächst scheint die Regelung des § 2170 Abs. 2 S. 1 insbesondere angesichts des nachträglichen Unvermögens den Grundsätzen des Schuldrechts unmittelbar entgegenzustehen. Denn § 275 Abs. 2 bestimmt für alle Arten von Schuldverhältnissen im Falle nachträglichen unverschuldeten Unvermögens die Befreiung des Schuldners. Allein schon in den Protokollen heißt es ausdrücklich, der § 275 Abs. 2 (der spätere § 275 Abs. 2) bezeichne den Fall, in dem ausnahmsweise die subjektive Unmöglichkeit der objektiven hinsichtlich der befreienden Wirkung für den Schuldner gleichkommt[3]). Damit wird der Gedanke offenbar, daß in den Fällen subjektiver Unmöglichkeit eine Befreiung des Schuldners gerade nicht das grundsätzliche sein soll.

Was die Gründe für eine Haftung des Schuldners in den Fällen des Unvermögens im Schuldrecht anlangt, so wurde bereits dargelegt, daß die Gültigkeit des Schuldverhältnisses für sich allein betrachtet keine Unterscheidung der Rechtsfolgen bei ursprünglichem und nachträglichem Unvermögen rechtfertigt. Ein anderes ist es angesichts der Frage, ob aus einem gültigen Schuldverhältnis überhaupt gehaftet werden soll. Harff[4]) meint, daß in den Fällen des Unvermögens von der Logik oder vom gesunden Menschenverstand keine Regelung der zivilistischen Rechtsfolgen geboten sei. Dem kann nicht in vollem Umfange zugestimmt werden. Denn ist ein

1) Mot. I S. 4; III S. 398 ff.
2) Mot. V, S. 191.
3) Prot. I, S. 315.
4) Harff, a.a.O., S. 58.

Schuldverhältnis gültig, so ist kraft dieses gültigen Schuldverhältnisses der Gläubiger berechtigt, von dem Schuldner eine Leistung zu fordern. Dieser Grundsatz, der schon den Geboten der Logik entspringt, ist in § 241 vom Gesetz ausdrücklich hervorgehoben. Besteht aber eine Verpflichtung zur Leistung und kann diese Leistung nicht erbracht werden, so ist die natürliche Folge, daß der Schuldner für die ausgebliebene Leistung Ersatz gewährt; es sei denn, daß laut besonderer gesetzlicher Vorschrift eine Befreiung eintritt[1]).

Diese Befreiung laut gesetzlicher Vorschrift ergibt sich beim nachträglichen unverschuldeten Unvermögen im Schuldrecht kraft § 275 Abs. 2. Daß das Gesetz diese Befreiung in § 275 Abs. 2 ausdrücklich hervorheben muß, stellt gerade eine Bestätigung des in § 241 erkennbaren Grundsatzes dar. Unsere Frage für § 2170 Abs. 2 S. 1 darf daher umgekehrt werden. Es ist nicht notwendig zu fragen, warum der Schuldner in § 2170 Abs. 2 S. 1 haftet. Dies ist genugsam erklärt durch die Tatsache, daß in den Fällen des § 2170 Abs. 2 S. 1 ein gültiges Schuldverhältnis vorliegt. Die Frage ist so zu stellen, warum befreit das Gesetz den Beschwerten nicht wie es dies z. B. in § 275 Abs. 2 für das nachträgliche unverschuldete Unvermögen im Schuldrecht tut? Die Antwort lautet: weil es im Falle des § 2170 Abs. 2 S. 1 keine Unbilligkeit bedeutet, den Beschwerten die Folgen tragen zu lassen, die sich aus einem gültigen Schuldverhältnis grundsätzlich ergeben.

Es muß nämlich bedacht werden, daß der Beschwerte gewissermaßen vorschußweise ein Aequivalent für seine Aufwendungen erhalten hat[2]). Denn seine Belastung durch ein Verschaffungsvermächtnis erfolgt immer nur

---

1) Vgl. Enneccerus-Lehmann, II, § 29, II, 2; Oertmann 1b zu § 306; RG. 69/356.

2) Vgl. Oertmann, Bem. 6 zu § 281. Diese Tatsache veranlaßt Oertmann z. B. zu dem Versuch, in allen Fällen von Unmöglichkeit den „ersparten" Aufwendungsbetrag vermittels sehr weitgehender Anwendung des § 281 dem Bedachten auszufolgen.

mit Hinsicht auf die in der Erbeinsetzung enthaltene freigebige Zuwendung[1]). Falls ausnahmsweise die voraussichtlich normalen Aufwendungen für die Verschaffung die Erbmasse erschöpfen würden, so steht es dem Beschwerten frei, die Erbschaft auszuschlagen (§ 1992 BGB.).

Unter diesen Umständen entpricht es durchaus der Billigkeit, wenn das Gesetz den Schuldner in § 2170 Abs. 2 S. 1 in allen Fällen unverschuldeten Unvermögens nicht befreit.

Was die Beschränkung der Haftung in § 2170 Abs. 2 S. 1 auf die Höhe des gemeinen Wertes anlangt, so kommt hier nicht ein Gedanke des Schuldrechts als vielmehr des Erbrechts zum Ausdruck. Ueberall dort, wo das Gesetz im Vermächtnisrecht die Haftung des Beschwerten ohne Rücksicht auf Verschulden ausspricht, reduziert sich diese Haftung auf das objektive Maß des gemeinen Wertes. In § 2288 wäre z. B. an sich auch ein voller Schadensersatz denkbar, da es sich um eine dolose Vertragsverletzung durch den Erblasser handelt. Das Gesetz steht jedoch auf dem Standpunkt, daß der Erbe, den selbst kein Verschulden trifft, durch Ersatzleistung nicht mehr belastet werden soll, als es durch den eigentlichen Vermächtnisgegenstand geschehen wäre[2]). Das wird auch besonders deutlich in § 2169 Abs. 3. Hier hat der Beschwerte aus dem Gesichtspunkte der Surrogation[3]) einen Ersatzanspruch zu leisten, der an Stelle des vermachten Gegenstandes dem Erblasser zustand. Es handelt sich hier um die Anwendung eines ähnlichen Rechtsgedankens wie in § 281. Der Ersatzanspruch, der u. U. ja auch ein Schadensersatzanspruch in vollem Umfange sein kann, steht dem Bedachten jedoch nur bis zur Höhe des gemeinen Wertes zu[4]).

Wir sehen also, daß Ansprüche verschiedener Natur ihrer Höhe nach gleichmäßig auf das Maß des gemeinen Wertes reduziert werden. Es handelt sich daher um eine rein quantitative Reduktion, nicht um eine qualitative.

1) Vgl. Endemann, V S. 703; Staudinger, Bem. 1 zu §§ 2169/70.
2) Vgl. bes. Kipp Erbrecht 5, § 106 Anm. II
3) Vgl. Planck, Bem. 3 zu § 2169. 4) Kipp, a.a.O.. § 106 Anm. II.

Wenn Planck[1]) von dem Anspruch des § 2170 als einem Restanspruch spricht, so darf das nur in diesem Sinne verstanden werden. Die Ansprüche büßen nicht ihre Rechtsnatur ein, sondern lediglich einen Teil ihres wirtschaftlichen Ausmaßes. Diese Auffassung kommt auch durch die Ausführungen der zweiten Kommission deutlich zum Ausdruck. Die Protokolle[2]) sprechen davon daß in § 2170 Abs. 2 die Haftung des Beschwerten eine Beschränkung erfahren muß. Endlich spricht auch das Gesetz selber in § 2182 Abs. 2 von der Beschränkung der Haftung, die sich aus § 2170 Abs. 2 S. 1 ergibt.

Mit der Feststellung, daß wir es im § 2170 Abs. 2 S. 1 mit einer nur quantitativen Reduktion des Anspruchs zu tun haben, ist auch für den Bestand und das Schicksal des Anspruchs bereits alles festgestellt. Was den Fortbestand des einmal entstandenen Anspruchs aus § 2170 anlangt, so kommen keine anderen Grundsätze in Betracht als für einen Ersatzanspruch, der sich auf das volle Interesse richtet. Es wurde bereits ausgeführt, daß der einmal entstandene Schadensersatzanspruch nicht deshalb ohne weiteres hinfällig wird, weil der Schadensgrund (z. B. das Ausbleiben der Leistung) ohnehin durch einen anderen Umstand eingetreten wäre. In diesen Fällen entfällt der Schadensersatzanspruch nicht ohne weiteres dem Grunde nach[3]), wohl kann er der Höhe nach erheblich herabgesetzt werden. Der Schaden besteht in diesen Fällen nach dem Grundsatz der Kausalität u. U. nur in dem Gebrauchsentzug, nicht aber in der Entziehung des Sachwertes; dieser wäre durch das zweite Ereignis dem Gläubiger ohnehin verloren gegangen. Der Schuldner muß in solchen Fällen nur den Schaden ersetzen, der sich aus der Entziehung des Gebrauchs oder der Nutzungen für die Zwischenzeit ergab[4]).

---

1) Bem. 2b zu § 2170.
2) Prot. V, S. 171.
3) Planck, Erl. 4b zu § 249, S. 77.
4) Planck, ebenda.

In § 2170 Abs. 2 S. 1 entschädigt das Gesetz den Bedachten aber von vorneherein nicht in vollem Umfange. Dem Bedachten soll nur der Schaden ersetzt werden, der sich durch das Ausbleiben der Leistung ihrem Sachwert nach für jedermann ergeben hätte.

Setzen wir daher den Fall, daß unter den Voraussetzungen des § 2170 die Leistung durch eine spätere objektive Unmöglichkeit ohnehin ausgeblieben wäre, so müßte die oben erwähnte Reduktion allerdings zu einer völligen Aufhebung des Anspruches auf Wertersatz führen. Denn einen Gebrauchsentzug sollte der Bedachte ohnehin nicht ersetzt bekommen. Dem Sachwerte nach hätte er aber die Leistung durch den zweiten Umstand ohnehin eingebüßt.

Es muß jedoch einschränkend bemerkt werden, daß diese Ueberlegungen nur für den Fall gültig sind, daß das zweite schädigende Ereignis gewiß ohnehin eingetreten wäre, d. h., daß die Leistung durch den zweiten Umstand auch dann ausgeblieben wäre, wenn sie durch den ersten Umstand nicht ausgeblieben wäre. Für § 2170 Abs. 2 S, 1 besagt dies folgendes: wenn unter den Voraussetzungen des § 2170 Abs. 2 S. 1 nachträgliche unverschuldete objektive Unmöglichkeit eintritt, so ist zu fragen, ob diese objektive Unmöglichkeit auch dann eingetreten wäre, wenn der Schuldner zur Leistung subjektiv imstande gewesen wäre. Denn nur unter diesen Umständen kann der Anspruch auf den Sachwert praktisch eine völlige Aufhebung erfahren. Der Beweis, daß die objektive Unmöglichkeit z. B. der zufällige Untergang, auch im Falle der Leistung eingetreten wäre, wird jedoch nur ausnahmsweise zu führen sein.

VII. Die Regelung des § 2170 Abs. 2 S. 2.

§ 2170 Abs. 2 S. 2 spricht von dem Fall, daß die Verschaffung „unverhältnismäßige" Aufwendungen erfordert. Die Nichtzumutbarkeit oder Unerschwinglichkeit ist von den Fällen der Leistungsunmöglichkeit zu trennen.

Dennoch soll der Fall des § 2170 Abs. 2 S. 2 an dieser Stelle berücksichtigt werden. Denn einmal ist die Abgrenzung dieses Begriffs zur Unmöglichkeit bestritten und wird zum Teil geleugnet. Weiterhin hat die Regelung des § 2170 Abs. 2 S. 2 für das Verschaffungsvermächtnis eine besondere praktische Bedeutung. Der Fall, daß die Leistung durch eine Ueberforderung des Dritten erschwert wird, kann sich häufig ergeben. Endlich sind auch die Voraussetzungen der in § 2170 Abs. 2 S. 2 geregelten Fälle einer Leistungsschwierigkeit ganz besondere. Es wird mit Recht betont, daß diese ausdrücklich geregelten Fälle (außer § 2170 Abs. 2 S. 2 z. B. auch § 251 Abs. 2) auf dem Haftungsmaßstab des einzelnen Schuldverhältnisses beruhen [1]).

Das Recht des Beschwerten, sich durch Zahlung des Wertes zu befreien, stellt sich als eine facultas alternativa dar [2]). Die Leistung des Vermächtnisgegenstandes ist nach wie vor „in obligatione"; die Entrichtung des Wertes kann „in solutione" geschehen. Wenn daher die Leistung des Vermächtnisgegenstandes auch objektiv unmöglich wird, bevor der Beschwerte seine Wahl gültig auf Leistung des Wertes getroffen hat, so wird der Beschwerte schlechthin befreit [3]). Auch die Möglichkeit einer Wertsentrichtung wird damit hinfällig.

a) Wenn eine Leistung so schwierig ist, daß ihre Erbringung dem Schuldner nach Treu und Glauben (§ 242) nicht zugemutet werden kann, so muß nach überwiegender Meinung des Schrifttums dem Schuldner geholfen werden. Dieses Ziel sucht man auf verschiedenem Wege zu erreichen. Die Anhänger der Lehre von dem juristischen Begriff der Unmöglichkeit wollen diese Fälle nach den Regeln der Unmöglichkeit entscheiden. Der Schuldner

1) Vgl. Plänck, Vorbem. III, 3b zu §§ 275/92.

2) Planck, Bem. 2a zu § 2170; RGRKom. Bem. 2 zu § 2170 in Verbindung mit Bem. 2 zu § 251; Staudinger Bem. II, 3 zu § 2170; Leonhard, Erbrecht, Bem. III zu § 2170.

3) Vgl. Planck, Bem. 2b zu § 2170.

wird daher befreit[1]). Jene, die den besonderen Begriff der Unzumutbarkeit anerkennen, gelangen zum Teil ebenfalls zu dem Schluß, daß die Leistung unterbleiben darf. Sei es durch eine Befreiung ipso iure[2]) oder mit Hilfe einer Einrede[3]) oder des Rechts zum Rücktritt[4]). Es handelt sich um die Frage, ob der Schuldner mit Hilfe eines dieser Rechte sich von der Leistungspflicht befreien kann. Die Alternative lautet: Leistung oder Nichtleistung.

Anders ist es jedoch bei dem besonders geregelten Fall des § 2170 Abs. 2 S. 2 (vgl. auch § 251 Abs. 2). Wenn eine Leistungsschwierigkeit im Sinne dieser Vorschriften vorliegt, wird der Schuldner nicht völlig befreit. Der Schuldner kann gemäß § 2170 Abs. 2 S. 2 mit Hilfe der Einrede zwar die eigentlich geschuldete Leistung verweigern, er hat jedoch den gemeinen Sachwert zu erbringen. Der Schuldner hat nicht das Recht, die Leistung schlechtweg zu verweigern, seine Leistungspflicht erleidet lediglich eine Beschränkung. Es handelt sich um eine sog. anspruchsändernde Einrede[5]).

Die unverhältnismäßig schwierige Leistung wird in wirtschaftlicher Hinsicht um das herabgesetzt, was ihr erst den Charakter der Unverhältnismäßigkeit verlieh. Sie wird in wirtschaftlicher Hinsicht auf das Maß reduziert, das dem Sinn des Schuldverhältnisses entspricht[6]). Der gemeine Wert, der gemäß § 2170 Abs. 2 S. 2 geleistet werden darf, stellt das dar, was der Beschwerte vermutlich ohnehin unter normalen Umständen hätte aufwenden müssen, um den Gegenstand in natura zu liefern[7]).

---

1) Staudinger, Bem. A I, 1 vor § 275.

2) Eckstein, in Arch. d. Bürg. Rechts, Bd. 37 S. 440/41.

3) Vgl. Krückmann, Arch. Ziv. Pr. Bd. 101/30ff.; Dogm. Jb. Bd. 59/233 ff.

4) Vgl. Oertmann, Geschäftsgrundl. S. 159; Krückmann, Arch. Ziv. Pr. 116/157 ff.; JW. 22/702; 21/739.

5) Planck, Bem. 3 zu § 251; vgl. Oertmann, Anm. 3 zu § 251.

6) Vgl. Oertmann, a.a.O. S. 159; Locher, Arch. Ziv. Pr. 121/106; Stampe, Dogm. Jb. 72/348.

7) Burchard-de Boor, Erbrecht, § 167, V Bem. 3,

Soll der Schuldner wegen Unerschwinglichkeit von der Leistung ganz befreit werden, so sind naturgemäß strengere Anforderungen an den Begriff der Unerschwinglichkeit zu stellen. Denn bei der Befreiung des Schuldners handelt es sich um einen vernichtenden Eingriff in den Bestand des Schuldverhältnisses. Anders in den Fällen, wo die Verweigerung der eigentlich geschuldeten Leistung nur unter dem Angebot einer Abfindung gestattet ist. Hier wird eine weitere Auslegung des Begriffs „Unzumutbarkeit" am Platze sein. Planck bemerkt mit Recht, daß in den ausdrücklich vom Gesetz geregelten Fällen wie z. B. §§ 251 Abs. 2, 2170 Abs. 2 S. 2 der Begriff der Unerschwinglichkeit auf dem besonderen Maßstab des Schuldverhältnisses beruht[1]). Eine bloße Unbequemlichkeit wird gewiß auch bei § 2170 Abs. 2 S. 2 nicht ausreichen, um die Annahme einer Unzumutbarkeit zu rechtfertigen[2]). Andererseits ist keineswegs eine „schreiende Unbilligkeit" notwendig, wie sie z. B. Windscheid im gemeinen Recht fordert[3]).

Nach Planck rechtfertigt sich die Bestimmung des § 251 Abs. 2 durch Billigkeitsrücksichten und durch die wirtschaftlich größere Zweckmäßigkeit[4]). Damit ist aber ausgesprochen, daß auch diese Leistung einer Abfindung den wirtschaftlichen Zweck des Schuldverhältnisses in gewissem Maße noch zu erfüllen vermag. Das wird auch klar in § 251 Abs. 2. Denn hier stellt die Entschädigung in Geld einen vollen Schadensersatz dar[5]). Es wird hier lediglich der wirtschaftlich zweckmäßigere Weg eingeschlagen, um den Schadensersatzanspruch des Gläubigers zu

1) Planck, Vorbem. III 3b vor §§ 275—92.

2) Oertmann, Bem. 3 zu § 251.

3) Kipp zu Windscheid III, § 647 Anm. 5.

4) Planck, Bem. 3 zu § 251.

5) Vgl. Staudinger, Anm. II, 1 zu § 251; RGZ. 71/215. Denn die Geldleistung nach § 251, II tritt bloß an die Stelle d. Herstellung. Der Schaden, der ohnehin nicht durch Herstellung beseitigt werden konnte, erforderte von vornherein insoweit eine Geldleistung nach § 251, I.

erfüllen. Da der Weg der Herstellung Schwierigkeiten bot, nimmt das Gesetz in § 251 Abs. 2 den Weg der Geldleistung. Ein ähnlicher Gedanke wird in § 2170 Abs. 2 S. 2 offenbar. Die Verschaffung mit unverhältnismäßigem Aufwande wäre unbillig und wirtschaftlich unzweckmäßig. Darum gestattet das Gesetz dem Beschwerten sich durch eine Geldleistung zu lösen. Diese Geldleistung stellt aber das dar, was der Beschwerte vermutlich ohnehin hätte aufwenden müssen, um unter normalen Umständen den Gegenstand zu verschaffen[1]).

Gerade im Falle des § 2170 Abs. 2 S. 2 ist noch folgende praktische Erwägung am Platze. Eine Ueberforderung durch den Dritten wird in vielen Fällen nur deshalb erfolgen, weil der Dritte die Zwangslage des verpflichteten Beschwerten auszunützen versucht. Das Leistungshindernis liegt also keineswegs etwa in der Beschaffenheit des Vermächtnisgegenstandes begründet, sondern in der augenblicklichen subjektiven Einstellung des Dritten[2]). Dieses Leistungshindernis wird oft praktisch schon deshalb entfallen, weil der Bedachte selbst mit Mitteln des Beschwerten die Verschaffung unternehmen kann, ohne unter dem Druck einer Verpflichtung zu stehen. Wenn wir den Gedanken, daß der Bedachte mit Mitteln des Beschwerten die Verschaffung selbst unternimmt, als Grundlage einer gesetzgeberischen Maßnahme für § 2170 Abs. 2 S. 1 ablehnen mußten, so gilt das aus den dargelegten Gründen nicht für § 2170 Abs. 2 S. 2. Auch aus diesen Ueberlegungen rechtfertigt sich zugleich die Annahme, daß wir den Begriff der Unzumutbarkeit in § 2170 Abs. 2 S. 2 besonders weit fassen dürfen[3]).

1) Vgl. Burchard-de Boor, a.a.O., S. 336.

2) Vgl. dagegen die regelmäßig objektiven Leistungshindernisse in den Fällen der Herstellung des § 249; vgl. Oertmanns Beispiel der Reparatur von Fabrikware. Oertmann, Bem. 3 zu § 251, Abs. 2.

3) Vgl. Endemann, Bd. I, § 128 Anm. 37: unverhältnismäßig bei § 251 Abs. 2 darf wohl im Sinne von unwirtschaftlich, unzweckmäßig verstanden werden.

VIII. Die Ausübung des Wahlrechts in § 2170 Abs. 2 S. 2.

Es ist streitig, in welcher Form der Beschwerte sein Recht gemäß § 2170 Abs. 2 S. 2 ausüben kann. Es handelt sich insbesondere um die Frage, ob die Wahl bei einer facultas alternativa des Schuldners durch eine bindende Erklärung oder nur durch das tatsächliche Angebot der Leistung oder des Abfindungsbetrages erfolgen kann. Nach Staudinger[1]) kann der Schuldner sein Wahlrecht ausüben ohne verpflichtet zu sein, den Betrag sofort bar anzubieten. Planck dagegen hält die Leistung des Geldbetrages selbst für notwendig. Das bloße Anerbieten stelle keine wirksame Ausübung des Wahlrechts dar[2]).

Das Ergebnis dieser Frage ist bedeutsam für den Fall daß die eigentlich geschuldete Leistung die Verschaffung des Gegenstandes objektiv unmöglich wird. Da in § 2170 Abs. 2 S. 2 anders wie in § 2170 Abs. 2 S. 1 die Leistung des vermachten Gegenstandes nach wie vor in obligatione ist, müßte der zufällige Untergang des eigentlichen Vermächtnisgegenstandes zugleich die Ersetzungsbefugnis gegenstandslos machen. Hat sich aber erst der Beschwerte durch gültige Wahl für die Leistung des Wertes entschieden, so wird die nunmehr bestehende Verpflichtung zur Leistung des Wertes nicht mehr durch den zufälligen Untergang des ehemaligen Leistungsgegenstandes berührt.

Welche Form des Wahlvorzuges man als gültig ansehen will, ist u. E. vor allem eine Frage der Billigkeit und des Verkehrsschutzes. Der Schuldner wird in § 2170 Abs. 2 S. 2 bereits hinreichend dadurch geschützt, daß ihm überhaupt ein Wahlrecht zusteht. Es liegt aber im berechtigten Interesse des Bedachten, daß er möglichst bald Klarheit darüber erhält, welche Leistung der Beschwerte wählen will. Wenn man annimmt, daß die bloße

1) Staudinger, Bem. II, 1; RGRKom. Bem. 2 zu § 2 zu § 251.
2) Planck, Erl. 3 zu § 251; Oertmann, Anm. 3 zu § 251.

bindende Erklärung eine gültige Ausübung des Wahlrechts darstellt, so hat der Bedachte es in der Hand, den Beschwerten baldigst zu einer solchen Erklärung zu veranlassen. Mit der bindenden Erklärung entsteht das unzerstörbare Recht des Bedachten. Der Zustand der Ungewißheit kann am raschesten durch eine solche Erklärung beendet werden. Es wird daher am zweckmäßigsten sein, dem Bedachten sein Wahlrecht bereits durch bindende Erklärung gültig ausüben zu lassen.

IX. Der Zeitpunkt für die Berechnung des Wertes.

In allen Fällen des § 2170 Abs. 2 S. 1, sowie des Abs. 2 S. 2 erhebt sich die Frage, welcher Zeitpunkt der Berechnung des Wertes zugrunde zu legen ist.

Ein Teil des Schrifttums meint, der Zeitpunkt der Geltendmachung des Anspruches müsse maßgebend sein[1]). Hierbei denkt man offenbar an die Geltendmachung des Anspruches auf Wertentrichtung. Die Auffassung ist jedoch abzulehnen. Der Zeitpunkt für die Geltendmachung eines Anspruchs hängt in zu hohem Maße von subjektiven Momenten ab. Es ist denkbar, daß auch der gemeine Wert eines Gegenstandes eine rasche Veränderung erleidet. Es stünde dann zum Teil in der Macht dessen, der den Anspruch geltend macht, einen Einfluß auf die Höhe des tatsächlich zu entrichtenden Wertes zu gewinnen.

Gegen die Annahme, daß grundsätzlich der Zeitpunkt des Erbfalles[2]) maßgebend sein dürfe, wenden sich mit Recht die Motive[3]): dem Beschwerten müsse in der Regel die Zeit bleiben, die Verschaffung überhaupt zu versuchen.

U. E., ist grundsätzlich der Auffassung des Reichsgerichts[4]) zuzustimmen, daß der Zeitpunkt maßgebend sei, an dem die Verpflichtung zur Entrichtung des Wertes

1) Staudinger, Erl. II, 3 Abs. 2 zu §§ 2169/70; Kretzschmar § 43 Anm. 16; Kleineidam, a.a.O., S. 78.

2) Vgl. Sächs. BGB. § 2458.

3) Mot. V, S. 149.

4) RGRKom. Bem. 2 zu § 2170.

entsteht. Damit kommt praktisch der Zeitpunkt in Betracht, an dem es feststeht, daß die Leistung nicht erbracht werden kann[1]). Im Falle des § 2170 Abs. 2 S. 1 handelt es sich daher um den Zeitpunkt, zu dem der Bedachte den eigentlichen Vermächtnisgegenstand erhalten hätte, falls der Verschaffungsversuch gelungen wäre. Ausnahmsweise kann auch schon vor dem Erbfall feststehen, daß der Beschwerte nicht imstande sein wird, den Gegenstand des Vermächtnisses sich zu verschaffen. Die Verpflichtung zum Wertersatz entsteht dann u. U. zugleich mit dem Erbfall[2]). Für § 2170 Abs. 2 S. 2 ist dies der Zeitpunkt, an dem der Beschwerte gültig seine Wahl trifft.

Es ist denkbar, daß in der Zeit zwischen Anordnung des Vermächtnisses und der Entstehung der Verpflichtung aus § 2170 Abs. 2 sich der gemeine Wert erheblich geändert hat. In diesen Fällen wird man mit einer ergänzenden Auslegung des Erblasserwillens hinsichtlich des Wertbetrages stets zum Ziele gelangen[3]). U. U. kann auch ein Wille des Erblassers dahin ermittelt werden, daß irgend ein bestimmter Zeitpunkt für die Berechnung des Wertes in Frage kommen soll. In der Regel muß jedoch davon ausgegangen werden, daß für die Berechnung des Wertes der Zeitpunkt maßgebend ist, an dem die Verpflichtung zum Wertersatz entstand.

X. Die Gewährleistungspflicht des Beschwerten.

§ 2182 Abs. 2 bestimmt den weiteren Rahmen für die Verpflichtungen des Beschwerten. § 2182 Abs. 1 nennt eine Anzahl von Kaufregeln, die im Zweifel auch auf das Verschaffungsvermächtnis Anwendung finden wollen. § 2182 Abs. 2. Unter diesen Kaufsregeln ist besonders § 437 hervorzuheben.

---

1) RGRKom. Bem. 2 zu § 2170; vgl. Planck, Anm. 2a zu § 2170.
2) Vgl. Planck, Bem. 2c zu § 2170.
3) Vgl. Prot. II, 2 S. 319.

Die Frage, in welchem Umfange § 437 Anwendung finden kann, ist Gegenstand eines Streites[1]).

Es ist vor allem zu prüfen, in welchen Fällen einer objektiven Leistungsunmöglichkeit der § 437 die allgemeinen Regeln über objektive Unmöglichkeit der Leistung ersetzt; ob § 437 nur die Fälle ursprünglicher subjektiver Unmöglichkeit regelt, oder auch die Fälle nachträglicher subjektiver Unmöglichkeit. Die Haftung des § 437 bezieht sich im Schuldrecht zunächst auf den Zeitpunkt des Vertragsschlusses. In diesem Zeitpunkt besteht die unbeschränkte Haftung des Verkäufers für den Nichtbestand des Rechts. Es handelt sich also um Fälle ursprünglicher objektiver Unmöglichkeit, die bei der Anwendung des § 306 zur Nichtigkeit des Vertrages führen müßten. Von diesem Zeitpunkt ab bis zur möglichen Erfüllung des Vertrages treten nach ganz überwiegender Auffassung wiederum die allgemeinen Regeln über nachträgliche Unmöglichkeit der Leistung in den Vordergrund[2]).

Die besondere Haftung des § 437 gilt daher nur für den Zeitpunkt, der auch maßgebend für die Frage ist, ob wir es mit einer ursprünglichen oder nachträglichen Unmöglichkeit der Leistung zu tun haben.

Beim Verschaffungsvermächtnis kommt das Schuldverhältnis der Beteiligten mit dem Erbfalle zustande. Nach diesem Zeitpunkt bestimmt sich die Frage, ob eine ursprüngliche oder nachträgliche Unmöglichkeit angenommen werden darf. Die Anwendung des § 437 kann daher auch für das Verschaffungsvermächtnis nur in Ansehung des Zeitpunktes geschehen, da das Schuldverhältnis zwischen den Beteiligten entsteht. Für die Zeit zwischen Erbfall und tatsächlicher Erfüllung gelten auch hier die allgemeinen Regeln, die über nachträgliche Un-

---

1) Vgl. Planck Bem. 2b γ zu § 2182; Strohal § 34 Anm. 1; Leonhard, Bem. 1c zu § 2182.

2) So herrschende Lehre: Staudinger Bem. 4 zu § 437; Planck Bem. 1 zu § 437; Dernburg § 182, V; Bendix, Arch. Bürg. Recht, 32/330; Oertmann, Bem. 1d zu § 437; a. A.: Titze, Unmögl. S. 268ff.

möglichkeit der Leistung beim Verschaffungsverhältnis Anwendung finden[1]).

Für das Verschaffungsvermächtnis ist daher das Verhältnis des § 437 zu der Vorschrift des § 2171 zu prüfen. Die Anwendung des § 437 erfährt für das Verschaffungsvermächtnis gemäß § 2182 Abs. 2 von vorneherein eine doppelte Einschränkung. Die Regel des § 437 gilt nur „im Zweifel". Ein erkennbar entgegenstehender Wille verhindert jede Anwendung. Ferner ist das Ausmaß der Haftung in entsprechender Anwendung des § 2170 Abs. 2 auf die Höhe des gemeinen Wertes beschränkt.

Die Anwendung des § 437 für das Verschaffungsvermächtnis bietet keine Schwierigkeit für den Fall, daß ein Recht oder eine Forderung für den Bedachten neu begründet werden soll. Der Beschwerte hat das Recht zu begründen und dem Bedachten zu verschaffen[2]). Die Verpflichtung des Beschwerten findet nur an der Tatsache ihre Grenze, daß die Begründung eines solchen Rechts nach seiner Natur überhaupt unmöglich ist, daß ein solches Recht überhaupt nicht entstehen kann[3]). In diesen Fällen gelangt § 2171 zur Anwendung, nicht § 437. Im Falle bloß subjektiven Unvermögens gilt § 2170 Abs. 2 unmittelbar.

Es ist auch denkbar, daß der Erblasser durch Verschaffungsvermächtnis ein Recht vermacht hatte dessen Bestand er voraussetzte, das aber nie bestanden hat oder, was auf dasselbe hinauskommt, zur Zeit des Erbfalles nicht mehr bestand[4]). Planck meint die Entscheidung dieses Falles sei eine Auslegungsfrage. Falls sich nichts aus dem Willen des Erblassers entnehmen läßt müsse es bei der Unwirksamkeit des Vermächtnisses nach § 2171 verbleiben[5]). Nur dann käme eine Anwendung der §§ 2182,

1) Unbegründet ist die Auffassung Künneckes, S. 36, daß für das Verschaffungsvermächtnis § 437 umgekehrt nur für die Fälle nachträglicher Unmöglichkeit anzuwenden sei.
2) Vgl. Planck, Bem b zu § 2182.
3) Oertmann, Bem. 1a zu § 437.
4) Vgl. Oertmann, Bem. 1b zu § 437.
5) Bem. 2b zu § 2182.

437, 2170 Abs. 2 in Frage. wenn besondere Umstände dafür sprechen, daß der Erblasser „die Verschaffung, als nach § 2170 Ersatz des Wertes“ gewollt habe. Dem kann nicht zugestimmt werden. § 2182 Abs. 2 spricht davon, daß für das Verschaffungsvermächtnis § 437 im Zweifel gelten soll. Das Gesetz stellt die Auslegungsregel auf, daß gerade besondere Umstände erweisen müssen, daß die Anwendung des § 437 dem Willen des Erblassers nicht entspricht. Plancks Auffassung kehrt diese Auslegungsregel gerade um. Es ist daher bei der Auslegungsregel des § 2182 auch in den Fällen zu verbleiben, da die vermachte Forderung entweder nie bestanden hat oder doch zur Zeit des Erbfalles nicht mehr bestand[1]). Die Auffassung, daß umgekehrt grundsätzlich § 2171 gelten müsse, ist daher abzulehnen. Es ist durch die Auslegungsregel des § 2182 Abs. 2 hinreichend Gelegenheit geboten den Willen des Erblassers zu berücksichtigen. Entsprechendes gilt für den Fall, daß ein Wertpapier vermacht war, dessen Aufgebot zum Zwecke der Kraftloserklärung bereits vor dem Erbfall erfolgt war.

§ 2182 bestimmt noch eine Anzahl anderer Rechte, die dem Bedachten im Zweifel beim Verschaffungsvermächtnis zustehen. Darnach ist gemäß § 434/435 der Gegenstand frei von Rechten zu verschaffen, die von Dritten gegen den Bedachten geltend gemacht werden können. Hier wird der Umstand, daß es sich um das Vermächtnis eines nicht zur Erbschaft gehörenden Gegenstandes handelt, bedeutsam; für ein gewönliches Vermächtnis gilt diese Regelung nicht. Für Sachmängel haftet der Beschwerte beim Verschaffungsvermächtnis ebensowenig wie beim gewöhnlichen Vermächtnis. Gemäß §§ 440 Abs. 2—4, 441 kann der Bedachte unter gewissen Voraussetzungen Schadensersatz wegen Nichterfüllung verlangen, wobei die Beschränkung durch § 2170 Abs. 2 wirksam bleibt. Ist dem Bedachten eine bewegliche Sache oder ein Recht an einer solchen vermacht, das zum Be-

1) Vgl. Strohal, § 34 Anm. 9; Leonhard, § 2182 Anm. 1.

sitz der Sache berechtigt, so kann der Bedachte im Falle der Entwehrung sein Recht gegen den Beschwerten geltend machen. Die Beweislast regelt sich stets nach § 242. Endlich ist noch zu bemerken, daß es an der Haftung des Beschwerten für Rechtsmängel nichts ändert, falls der Bedachte den Rechtsmangel kennt[1]). Daß gewisse Rechte an Grundstücken von der Gewährleistung ausdrücklich ausgenommen sind, hat seinen Grund darin, daß die im § 2182 aufgeführten Rechte den Wert eines Grundstückes im allgemeinen kaum beeinträchtigen.

XI. Der Fall des concursus duarum causarum lucrativarum.

Wenn dem Bedachten durch Verschaffungsvermächtnis ein bestimmter Gegenstand vermacht war, so kann der Fall eintreten, daß der Bedachte den Gegenstand unabhängig von dem Vermächtnis schon vor dem Erbfall erwirbt. Es erhebt sich die Frage, ob unter diesen Umständen eine Wirksamkeit des Vermächtnisses angenommen werden darf. Das römische Recht verfuhr in diesen Fällen nach ganz bestimmten festen Regeln. Das BGB. hat die Lehre vom concursus duarum causarum lucrativarum nicht übernommen[2]). Die Motive halten eine Anwendung dieser Regel weder für erforderlich noch noch rätlich[2]) Strohal[3]) meint, die römische Lehre dürfte in aller Regel auch dem Willen eines heutigen Erblassers entsprechen. Das BGB. hat jedoch eben keine besondere Auslegungsregel im Sinne dieser Lehre aufgestellt. Die Auslegung muß daher vom konkreten Einzelfalle ausgehen[4]).

Es ist daher unter Berücksichtigung aller Umstände

---

1) Kipp, 7. Bearb., II, 3, Erbr. § 107, Anm. II, 2.

2) Mot. V, S. 161.

3) Strohal, § 33 Anm. 8.

4) Staudinger, Bem. II, 1 zu § 2170; Planck Bem. 3 zu § 2170; RGRKom. Bem. 1 zu § 2170; vgl. auch Strohal § 33 Anm. 9.

des Einzelfalles zu untersuchen, was der Erblasser nach seiner Willensrichtung zur Zeit des Erbfalles gewollt hätte, falls er die Entwicklung der Dinge vorausgesehen haben würde[1]). Der Umstand daß der Bedachte den Gegenstand anderweitig unentgeltlich erwarb, kann für eine Auslegung gegebenenfalls bedeutsam sein. Das Moment der Unentgeltlichkeit rechtfertigt jedoch nicht die Aufstellung einer festen Regel. Die Auslegung kann ergeben, daß es dem Erblasser weniger um die Zuwendung des konkreten Leistungsgegenstandes als vielmehr eines Vermögenswertes schlechthin zu tun war[2]).

Es ist jedoch nicht richtig, im letzten Falle den § 2170 Abs. 2 S. 1 anwenden zu wollen. Denn einmal betrifft § 2170 Abs. 2 nur die Fälle subjektiver Unmöglichkeit. In dem unterstellten Falle liegt jedoch objektive Unmöglichkeit vor. Zum andern hat die Auslegung des Erblasserwillens im unterstellten Falle ergeben, daß der Erblasser dem Bedachten allenfalls auch eine Geldsumme in Höhe des Wertes vermacht hätte. Die Sachlage wird daher so angesehen, als hätte der Erblasser von vorneherein dem Bedachten eine bestimmte Summe Geldes vermacht. Die Vollziehung dieses Vermächtnisses ist aber nicht unmöglich. Es bedarf daher auch nicht der Anwendung von Regeln über die Unmöglichkeit der Leistung[3]).

XII. Die Anwendung des § 2288 auf das Verschaffungsvermächtnis.

Ein Verschaffungsvermächtnis kann auch auf vertraglicher Grundlage beruhen (§ 2278). Die Vermächtniszuwendung erfolgt in diesem Falle nicht aus dem freien Willen des Erblassers, sondern aufgrund vertraglicher Bindung. Naturgemäß bedarf die Stellung des Vermächt-

1) Vgl. Staudinger, Bem. II, 1 zu § 2170.

2) Planck, Bem. 3 zu § 2170; Staudinger, Bem. II, 1 zu § 2170.

3) Vgl. oben S. 37 dieser Arb. über die abzulehnende Meinung Staudingers, daß die Bestimmungen des § 2170 Abs. 2 S. 1 das Ergebnis einer Testamentsauslegung sei.

nisnehmers aus einem solchen Verschaffungsvermächtnis eines stärkeren Schutzes[1]).

Unverschuldetes Unvermögen regelt sich auch in diesem Falle nach § 2170 Abs. 2. Es liegt auch kein Anlaß vor, den Beschwerten für Zufall in weiterem Umfange haften zu lassen als beim gewöhnlichen Verschaffungsvermächtnis. Anders steht es um Handlungen des Erblassers selbst. Beim gewöhnlichen Verschaffungsvermächtnis können solche allenfalls für eine Willensauslegung bedeutsam sein. Ein unmittelbarer Anspruch für den Bedachten erwächst aus solchen freien Handlungen des Erblassers für den Bedachten nicht. Für das vertragsmäßige Verschaffungsvermächtnis stellt das Gesetz in § 2288 Abs. 1 einen Schutz des Bedachten gegen solche Handlungen des Erblassers auf, die dieser in doloser Absicht vorgenommen hat. Der Erblasser muß in dieser Absicht den Gegenstand eines vertragsmäßigen Verschaffungsvermächtnisses zerstört, beiseitegeschafft oder beschädigt haben. Alsdann tritt gemäß § 2288 Abs. 1 der Wert an Stelle des Gegenstandes, soweit der Erbe dadurch außerstande gesetzt ist, diese Leistungen zu bewirken.

§ 2288 Abs. 2 bestimmt die entsprechende Anwendung des § 2170 Abs. 2 für den Fall, daß der Erblasser in doloser Absicht den Gegenstand veräußert oder belastet hat. Die Folgen dieser letzten Vorschrift würden allerdings auch über § 2170 Abs. 2 unmittelbar sowie über § 2182 Abs. 2 mit § 434 zu erreichen sein[2]). Insoweit hätte es der Vorschrift des § 2288 Abs. 2 für das Verschaffungsvermächtnis nicht bedurft.

Es geht aber, wie Planck mit Recht bemerkt, nicht an, dem § 2288 für das Verschaffungsvermächtnis jede Bedeutung abzusprechen[3]). Denn im Falle der Zerstö-

---

1) Staudinger, Bem. 1 zu § 2288.

2) Vgl. Planck, Bem. 1 zu § 2288.

3) Planck, a.a.O.; zustimmend Staudinger Bem. 1 zu § 2288; a. A.: Schiffner, S. 132 Anm. 8.

rung gemäß § 2288 Abs. 1 liegt z. B. eine objektive Unmöglichkeit der Leistung vor, die ohne die Bestimmung des § 2288 Abs. 1 nach § 2171 beurteilt werden müßte. § 2170 trifft auch diesen Fall nicht, da er lediglich das Unvermögen regelt. Das gleiche gilt für den Fall, daß der Erblasser den Gegenstand eines vertragsmäßigen Verschaffungsvermächtnisses in doloser Absicht beschädigt hat (§ 2288 Abs. 1). Eine Beschädigung, also ein Sachmangel, würde nach allgemeinen Grundsätzen beim Verschaffungsvermächtnis keine Haftung des Beschwerten zur Folge haben. Denn die vermachte Sache darf so geleistet werden, wie sie zur Zeit des Erbfalles tatsächlich ist[1]).

Unter die Regelung des § 2288 Abs. 1 sind auch die Fälle zu zählen, da das Eigentum an einer Sache durch Verbindung, Vermengung oder Arbeit untergeht[2]). Jene Fälle gelten nach den Regeln des § 2172 mit § 2279 Abs. 1 als solche einer Unmöglichkeit. Es liegt daher ursprüngliche objektive Unmöglichkeit vor und das Verschaffungsvermächtnis wäre ohne die Vorschrift des § 2288 nach § 2171 unwirksam.

Der Wert, der gemäß § 2288 Abs. 1 an die Stelle des Gegenstandes tritt, ist wie in § 2170 Abs. 2 der gemeine Wert. Der Zeitpunkt für die Berechnung des Wertes ist der Anfall des Vermächtnisses. Denn in allen diesen Fällen kommt die Verpflichtung zur Entrichtung des Wertes mit dem Erbfall zur Entstehung[3]); die begründenden Tatsachen liegen notwendig vor dem Erbfall. Falls der Erblasser die Veräußerung oder Belastung in doloser Absicht schenkungsweise vornahm, genießt der Bedachte den Schutz des § 2282 in Verbindung mit § 2288 Abs. 2.

1) Planck, Bem. 3 zu § 2183; Mot. V S. 197.

2) Vgl. Planck Bem. 2a zu § 2288.

3) Planck, Bem. 2a zu § 2288; Staudinger, Bem. 2a zu § 2288; RGRKom. Bem. 2 zu § 2288.